

Vom Notrecht im formellen und materiellen Sinne

unter Berücksichtigung
seiner Ausgestaltung im schweizerischen
Bundesstaatsrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
THOMAS M. SPEISER
von Basel

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Z. Giacometti

ZÜRICH 1952
ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI AG, ZÜRICH

Vom Notrecht im formellen und materiellen Sinne

unter Berücksichtigung
seiner Ausgestaltung im schweizerischen
Bundesstaatsrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
THOMAS M. SPEISER
von Basel

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Z. Giacometti

ZÜRICH 1952
ART. INSTITUT ORELL FÜSSLI AG, ZÜRICH



*Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet
hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne
damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung
zu nehmen.*

Zürich, den 12. Juli 1952.

*Der Dekan :
Prof. Dr. W. Bickel*

Herrn Prof. Dr. Z. Giacometti sowie den Herren Dr. Wyß, Vizedirektor, und Dr. K. Locher, Sektionschef der Eidgenössischen Steuerverwaltung, danke ich auch an dieser Stelle für das wohlwollende Interesse, dass sie der vorliegenden Arbeit entgegengebracht haben. Herrn Daurù von der Eidgenössischen Zentralbibliothek bin ich für seine wertvolle Hilfe bei der Beschaffung des Materials sehr verbunden.

Bern, im Oktober 1952.

Der Verfasser



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507220_0039

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	11
Literaturverzeichnis	12

ERSTES KAPITEL

Wesen und Formen des Notrechts

§ 1. Einleitung	15
---------------------------	----

Erster Abschnitt

Das Notrecht im formellen Sinne (Die notrechtliche Kompetenzverschiebung)

§ 2. Die organisatorischen Voraussetzungen der notrechtlichen Kompetenzverschiebung	19
§ 3. Der Träger der Notrechtssetzungskompetenz	21
§ 4. Die rechtliche Grundlage der Notrechtssetzungskompetenz	23
§ 5. Die Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung	30
§ 6. Der Zusammenhang zwischen rechtlicher Grundlage und Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung.	45

Zweiter Abschnitt

Das Notrecht im materiellen Sinne (Versuche einer materiellen Bestimmung der Notrechtssetzungskompetenz)

§ 7. Vorbemerkungen, Problemstellung	49
§ 8. Die wesentliche Besonderheit des Notrechts	55
§ 9. Das Problem der transitorischen Rechtssetzung auf der Gesetzes- und Verfassungsstufe	59
§ 10. Die Rechtsgrundlagen der transitorischen Verfassungsgesetzgebung und Gesetzgebung in der schweizerischen Bundesverfassung	62
§ 11. Zur Frage der Legitimität der transitorischen Verfassungsgesetzgebung.	67

Dritter Abschnitt

<i>Thesen</i>	70
-------------------------	----

ZWEITES KAPITEL

Die verfassungsgeschichtliche Entwicklung des Notverordnungsrechts im Bund

§ 12. Das Notverordnungsrecht der Bundesversammlung unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1848	71
§ 13. Die Einführung des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses dringlicher Natur anlässlich der Totalrevision der BV im Jahre 1874	79
§ 14. Die Revision des Artikels 89 BV vom 22. Januar 1939	81

	Seite
§ 15. Der Notrechtsbeschluß der Bundesversammlung	96
§ 16. Die Volksbegehren vom 23. und 27. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie	100
§ 17. Inkrafttreten und erstmalige Anwendung von Artikel 89 ^{bis} BV	105

DRITTES KAPITEL

*Der allgemeinverbindliche, sofort in Kraft gesetzte Bundesbeschluß nach
Art. 89^{bis} BV*

Erster Abschnitt

Vorbemerkungen

§ 18. Der Wortlaut von Art. 89 ^{bis} BV	110
§ 19. Das Verhältnis von Art. 89 ^{bis} zu den übrigen Bestimmungen der Bundesverfassung über die Notrechtssetzung	114
§ 20. Das Verhältnis des ersten zum zweiten und dritten Absatz des Artikel 89 ^{bis} BV	116

Zweiter Abschnitt

Die sofortige Inkraftsetzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse

§ 21. Der Begriff und die Voraussetzungen der sofortigen Inkraft- setzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse	117
§ 22. Die Befristung der allgemeinverbindlichen, sofort in Kraft gesetz- ten Bundesbeschlüsse	123
§ 23. Das Verfahren der sofortigen Inkraftsetzung allgemeinverbind- licher Bundesbeschlüsse	124
§ 24. Die Rechtssetzungsform	126

Dritter Abschnitt

*Die Mitwirkung von Volk und Ständen bei der Notrechtssetzung
(Die unmittelbare Demokratie der Notrechtssetzung)*

§ 25. Das fakultative Referendum	129
§ 26. Das obligatorische Referendum	132

Vierter Abschnitt

*Das selbständige Notverordnungsrecht der Bundesversammlung
(Die Grenzen der unmittelbaren Demokratie der Notrechtssetzung)*

§ 27. Der Ausschluß des fakultativen und obligatorischen Referendums durch Art. 89 ^{bis} BV	133
§ 28. Die Bestimmung der Jahresfrist	134
§ 29. Die extrakonstitutionelle Notverordnung der Bundesversammlung <i>Schlußbetrachtungen</i>	138 143

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a. a. O.	: am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Anm.	= Anmerkung
a. M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	: Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzsammlung, Bd. 1 [1874] — 63 [1947]; Sammlung der eidgenössischen Gesetze, 1948 ff.)
AS a. F.	: Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft (alte Folge, Bd. I bis XI, 1848—1874)
BB	: Bundesbeschluß
Bbl.	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	: Band
BG	Bundesgesetz
BS	: Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848—1947
BStR	= Bundesstaatsrecht
BV	= Bundesverfassung
ders.	derselbe Autor
Geschäfts- verkehrsgesetz	= BG über den Geschäftsverkehr zwischen Nationalrat, Ständerat und Bundesrat, sowie über die Form des Erlasses und der Bekanntmachung von Gesetzen und Beschlüssen, vom 9. Oktober 1902, BS I, 245
i. S.	: im Sinne
Komm.	Kommentar
m. E.	= meines Erachtens
n. F.	: neue Folge
NR	Nationalrat
NZZ	= Neue Zürcher Zeitung
Referendums- gesetz	= BG betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, vom 17. Juni 1874, BS I, 173
RO	= Recueil officiel (französische Ausgabe der AS, s. dort)
RU	= Raccolta ufficiale (italienische Ausgabe der AS, s. dort)
S.	= Siehe
SJZ	= Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
Sten. Bull.	= Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesver- sammlung
StR	= Ständerat
StRK	= Staatsrecht der Kantone
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)

Im übrigen wird auf das von *Oftinger*, Vom Handwerkszeug der juristischen Schriftstellerei, 2. A., Zürich 1952, 11 ff., zusammengestellte Abkürzungsverzeichnis verwiesen.

Literaturverzeichnis

- Arndt, B.: Die Notverordnungen nach dem Verfassungsrechte der modernen Staaten, vergleichend dargestellt, Diss. Würzburg 1909.
- Barthélemy/Duez: Traité de droit constitutionnel, 2. A., Paris 1933.
- Blumenstein, E.: Das Steuerrecht der Finanzvollmachten, Archiv für schweiz. Abgaberecht, Bern, Bd. 2, S. 225ff.
- Bluntschli, J. C.: Staatswörterbuch in 3 Bänden, herausgegeben von Löning, Zürich 1872.
- Die Lehre vom modernen Staat, Stuttgart 1876.
- Burckhardt, W.: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. A., Zürich 1944 (zitiert: *Organisation*).
- Kommentar der schweizerischen BV vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931 (zitiert: *Komm. BV*).
- Die Krisis der Verfassung, Schweizer Monatshefte, Zürich, Bd. 17, 425.
- Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (zitiert: *Methode*).
- Carré de Malberg, R.: Contribution à la théorie générale de l'Etat, 2 Bde., Paris 1920 und 1922.
- Darmstaedter, F.: Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, Heidelberg 1930.
- Duguit, L.: Traité de droit constitutionnel, 5 Bde., 3. A., Paris 1927/30.
- Esmein/Nézaré: Eléments de droit constitutionnel, 2 Bde., 8. A., Paris 1927/28.
- Favre, John: Le droit de nécessité de l'Etat, Diss. Neuchâtel 1937.
- Fleiner, F.: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (zitiert: *BStR*).
- Fleiner/Giacometti: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (zitiert: *BStR*).
- Friedmann, A.: Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen, in Kirchenrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von U. Stutz, Heft V, Stuttgart 1903.
- Giacometti, Z.: Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Tübingen 1925.
- Über das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaat, in Festgabe Fleiner, Tübingen 1927 (zitiert: *Rechtsverordnungsrecht*).
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1933 (zitiert: *Verfassungsgerichtsbarkeit*).
- Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, in Festgabe Fleiner, Zürich 1937.
- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (zitiert: *StRK*).
- Die gegenwärtige Verfassungslage der Eidgenossenschaft, Schweizerische Hochschulzeitung 1942, Heft 3 (zitiert: *Verfassungslage*).
- Die Abwertung des schweizerischen Verfassungsbegriffs, Sonntagsblatt der «Basler Nachrichten» vom 15. November 1942, S. 185—188.
- Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945 (zitiert: *Vollmachtenregime*).
- Neue Wege der Verfassungsuntreue, in der Sondernummer 100 Jahre «Basler Nachrichten», November 1946.
- Rechtsstaat und Notrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich 1950, 209ff.

- Grau Richard*: Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, in Das öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 29, § 80, Tübingen 1932.
- Haab, R.*: Krisenrecht, Rektoratsrede, Basel 1936.
- Hatscheck, J.*: Der Ursprung der Notverordnung, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 2, Wien 1900.
- Heck, K.*: Der Ausnahmezustand in England, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft 9, Berlin und Leipzig 1928.
- Hiestand, P.*: Die Lehre von den Rechtsquellen im schweizerischen Staatsrecht, Diss. Zürich 1891.
- His Ed.*: Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des Bundesbeschlusses vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmaßnahmen, ZSR n. F. 36, 287 ff.
- Hoerni, Robert*: De l'Etat de nécessité en droit public fédéral suisse, Diss. Genf 1917.
- Huber, Hans*: Schwierigkeiten der Notrechtsgesetzgebung, in Die Schweiz, ein nationales Jahrbuch, Aarau 1942.
- Constitution et droit de nécessité, Suisse contemporaine (3e année), Lausanne 1943, 326.
- Über das Notrecht, Gewerbliches Jahrbuch, Bern 1943, 79 ff.
- Hungerbühler, Hellmut*: Der dringliche Bundesbeschluß unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der Bundesversammlung, Diss. Zürich 1951.
- Jellinek, G.*: Allgemeine Staatslehre, 3. A., Berlin 1914.
- Jèze, Gaston*: L'exécutif en temps de guerre. Les pleins-pouvoirs, Paris 1917.
- Kägi, O. W.*: Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, Diss. Zürich 1937 (zitiert: *Gewaltenteilungsprinzip*).
- Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945 (zitiert: *Verfassung*).
- Kelsen, H.*: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- Krafft, A.*: Essai d'une réglementation constitutionnelle des mesures de nécessité, Lausanne 1937.
- Lachenal, P.*: La séparation des pouvoirs, ZSR n. F. 62, 359 a.
- Malézieux, R.*: Les pleins pouvoirs en Suisse, Paris 1942.
- Marti, H.*: Der Vollmachtenbeschluß vom 30. August 1939, Zürich 1944.
- Das Verordnungsrecht des Bundesrates, Zürich 1944 (zitiert: *Verordnungsrecht*).
- Dringlichkeit und Notrecht, ZSR n. F. 69, 165.
- Meier, Franz*: Der Notstand des Staates, Diss. Basel 1943 (Maschinenschrift).
- Moser, Emilio*: Die Rechtsverordnungen des Bundesrates, Bern 1942.
- Oswald, W.*: Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, ZSR n. F. 62, 514 a ff. (zitiert: *Gewaltentrennung*).
- Pestalozzi, Richard*: Die Notgesetzgebung, Diss. Zürich 1945.
- Reber, Kurt*: Das Notrecht des Staates, Diss. Bern 1938.
- Regi, Conradin*: Die Grenzen des fakultativen Referendums in der Bundesgesetzgebung, Diss. Bern 1945.
- Rippert, G.*: Le déclin du droit, Paris 1948.
- Salis/Burckhardt*: Schweizerisches Bundesrecht, staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903, 5 Bände, Bern 1930/31 (zitiert: *Bundesrecht*).
- Schindler, D.*: Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932.

- Schindler, D.*: Die verfassungspolitische Lage, in Zur Lage der Schweiz im Jahre 1940, Sonderdruck aus dem September- und Novemberheft 1940 der Neuen Schweizer Rundschau, Zürich, 7 ff.
- Notrecht und Dringlichkeit, Separatabdruck aus der «Neuen Zürcher Zeitung» Nr. 1669, 1671 und 1673, Zürich 1942.
- Schmitt, C.*: Die Diktatur, 2. A., München und Leipzig 1928.
- Verfassungslehre, München und Leipzig 1928.
- Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen), Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 6, Berlin 1936, 252 ff.
- Schmitz, E.*: Der Ausnahmezustand in Belgien, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft 9, Berlin und Leipzig 1928.
- Stucki, W.*: Kriegswirtschaft und Recht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 55, Bern 1919, 249 ff.
- Sulzer, W.*: Der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß nach Art. 89 der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Zürich 1932.
- Thoma, R.*: Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in Das öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 29, § 76, Tübingen 1932.
- Tingstén, H.*: Les pleins pouvoirs, Paris 1926.
- Les pleins pouvoirs, l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre, Paris 1934.
- Töndury, Gian Robert*: Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht, Diss. Zürich 1947.
- Wackernagel, J.*: Zur Lehre vom Staatsnotstand, ZSR n. F. 56, 169 ff.
- v. Waldkirch, E.*: Die Notverordnungen im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Bern 1915 (zitiert: *Notverordnungen*).
- Wolf, P.*: Die außerordentlichen Vollmachten des Bundesrates, ihre Schranken, und die Gerichte, SJZ 15, 37 ff.
- Zihlmann, R.*: Legitimität und Legalität des Notrechts, Diss. Bern 1950.
- Zoller, Lili*: Die Notverordnungen und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1928.

Weitere Literaturangaben in den Anmerkungen; vgl. insbesondere die Anmerkungen 1 und 2 zum 1. Kapitel und Anmerkung 1 zum 3. Kapitel.

Wesen und Formen des Notrechts

§ 1. Einleitung

Mit dem Problem der Notrechtssetzung im Schweizerischen Staatsrecht haben sich Lehre¹ und Praxis² eingehend befaßt. Eine

¹ Zur Frage des Notrechts besteht eine umfangreiche wissenschaftliche Literatur.

a) Von schweizerischen Autoren, die sich im Rahmen von Monographien oder umfassenden staatsrechtlichen Werken mit dem Problem des Notrechts auseinandergesetzt haben, seien erwähnt: E. *Blumenstein*, Das Steuerrecht der Finanzvollmachten, Archiv für schweizerisches Abgaberecht Bd. 2, 225 ff.; J. C. *Bluntschli*, Staatswörterbuch Bd. II, Artikel «Notrecht»; *ders.*, Die Lehre vom modernen Staat, Teil 2, 237 ff.; W. *Burckhardt*, Gedanken eines Neutralen, im Politischen Jahrbuch der Schweiz. Eidgenossenschaft, Bd. 28 (1914), 8 ff.; *ders.*, ZSR n. F. 35, 618 ff.; *ders.*, Komm. BV, 3. A., 670; *ders.*, Gutachten über das Volksbegehren «zur Wahrung der Volksrechte in Steuerfragen», vom 19. Februar 1935 (teilweise publiziert in Bbl. 1948 I 1069 f.; Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie); *ders.*, Die Krisis der Verfassung, Schweizer Monatshefte, 17, 425; *Favre*, Le droit de nécessité de l'Etat, Diss. Neuchâtel 1937; *Fleiner*, BStR, 217; *ders.*, Die Dringlichkeitsklausel, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1927, 577; *ders.*, Ziele und Wege einer Verfassungsrevision, Zürich 1934, 10; *ders.*, Verfassungsreform, Sonderheft der Schweiz. Rundschau 1934; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 775 ff., 786 ff.; *Giacometti*, Über das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate, in Festgabe Fleiner 1927, 369 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, in Festgabe Fleiner 1937, 45 ff.; *ders.*, Die gegenwärtige Verfassungslage der Eidgenossenschaft, Schweiz. Hochschulzeitung 1942, Heft 3; *ders.*, Die Abwertung des schweizerischen Verfassungsbegriffs, Sonntagsblatt der Basler Nachrichten vom 15. November 1942, S. 185—188; *ders.*, StRK, 505 ff.; *ders.*, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft; *ders.*, Neue Wege der Verfassungsuntreue, Sondernummer 100 Jahre Basler Nachrichten, November 1946; *ders.*, Rechtsstaat und Notrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1950, 209 ff.; *Haab*, Krisenrecht, Rektoratsrede 1936; Arthur *Haefliger*, Die staatsrechtliche Bedeutung des Bundesbeschlusses, Diss. Bern 1943, 92 ff.; P. *Hiestand*, Die Lehre von den Rechtsquellen im schweizerischen Staatsrecht, Diss. Zürich 1891, 86 f.; Ed. *His*, Zur Frage des staatsrechtlichen Charakters des BB vom 3. August 1914 und der bundesrätlichen Notstandsmaßnahmen, ZSR n. F. 36, 287 ff.; R. *Hoerni*, De l'Etat de nécessité en droit public fédéral suisse, Diss. Genf. 1917; A. *Homburger*, Das Tatsächliche als Element der Rechtsbildung, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. 77, 10 ff.; Hans *Huber*, Schwierigkeiten der Notrechtsgesetzgebung, in: Die Schweiz, ein nationales Jahrbuch, 1942, 39 ff.; *ders.*, Constitution et droit de nécessité, Suisse contemporaine

einheitliche Auffassung über das Wesen der Notrechtssetzung hat sich indessen bis heute nicht herauszubilden vermocht.

1943, 319f.; *ders.*, Über das Notrecht, Gewerbliches Jahrbuch 1943, 79ff.; Hellmut *Hungerbühler*, Der dringliche Bundesbeschluß unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der Bundesversammlung, Diss. Zürich 1951; W. *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 98ff., 114ff.; A. *Krafft*, Essai d'une réglementation constitutionnelle des mesures de nécessité, Lausanne 1935; P. *Lachenal*, La séparation des pouvoirs, ZSR n. F. 62, 359a; U. *Lampert*, Das schweizerische Bundesstaatsrecht, Zürich 1918, 124f.; H. *Marti*, Der Vollmachtenbeschluß vom 30. August 1939; *ders.*, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, 124ff.; *ders.*, Dringlichkeit und Notrecht, ZSR n. F. 69, 165ff.; Franz *Meier*, Der Notstand des Staates, Diss. Basel 1943 (Maschinenschrift); Emilio *Moser*, Die Rechtsverordnungen des Bundesrates, Diss. Bern 1942, 12ff.; *Oswald*, Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, ZSR n. F. 62, 514a ff.; Richard *Pestalozzi*, Die Notgesetzgebung, Diss. Zürich 1945; Kurt *Reber*, Das Notrecht des Staates, Diss. Bern 1938; Conradin *Regi*, Die Grenzen des fakultativen Referendums in der Bundesgesetzgebung, Diss. Bern 1945, 65ff.; *Ruck*, Schweizerisches Staatsrecht, 2. A., Zürich 1939, 85f.; *Schindler*, Notrecht und Dringlichkeit, Separatabdruck aus der Neuen Zürcher Zeitung 1942, Nrn. 1669, 1671 und 1973; *Secrétan*, L'initiative populaire cantonale et la législation de crise, Recueil des travaux de la Faculté de droit de Lausanne, 1934, 138ff.; W. *Stucki*, Kriegswirtschaft und Recht, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 55, 248ff.; W. *Sulzer*, Der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß nach Art. 89 BV, Diss. Zürich 1932, 61ff.; Gian Robert *Töndury*, Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht, Diss. Zürich 1947; J. *Wackernagel*, Zur Lehre vom Staatsnotstand, ZSR n. F. 56, 169ff.; E. v. *Waldkirch*, Die Notverordnungen im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Bern 1915; P. *Wolf*, Die außerordentlichen Vollmachten des Bundesrates, ihre Schranken, und die Gerichte, SJZ 15, 37ff.; R. *Zihlmann*, Legitimität und Legalität des Notrechts, Diss. Bern 1950; Lili *Zoller*, Die Notverordnungen und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1928.

b) Eine Übersicht über die Stellungnahme ausländischer Autoren zum Problem des Notrechts findet sich bei *Giacometti*, Vollmachtenregime, 41, Anm. 27. Für die vorliegende Abhandlung sind insbesondere folgende Werke zu Rate gezogen worden: B. *Arndt*, Die Notverordnungen nach dem Verfassungsrechte der modernen Staaten, vergleichend dargestellt, Diss. Würzburg 1909; *Barthélemy/Duez*, Traité de droit constitutionnel, 2. A., 241ff.; *Carré de Malberg*, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Bd. 1, 620; L. *Duguit*, Traité de droit constitutionnel, 8. A., Bd. 3, 96ff.; *Esmein/Nézard*, Eléments de droit constitutionnel, 8. A., Bd. 2, 90f.; A. *Friedmann*, Geschichte und Struktur der Notstandsverordnung, Heft V der Kirchenrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben von U. Stutz; R. *Grau*, Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, in Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd. 2, § 80, 274ff.; J. *Hatschek*, Der Ursprung der Notverordnung, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 27; *ders.*, Deutsches und preußisches Staatsrecht, 184; K. *Heck*, Der Ausnahmezustand in England, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft 9; G. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. A.,

Dem Widerstreit der Meinungen entspricht die Uneinheitlichkeit der verwendeten *Terminologie*. Dem Gebot der Logik würde es entsprechen, das *Produkt der Notrechtssetzung*, d. h. das in diesem Verfahren zustande gekommene Recht, als *Notrecht* zu bezeichnen. Lehre und Praxis verstehen jedoch im allgemeinen unter Notrecht die *Kompetenz zur Notrechtssetzung*³. Gleichzeitig wird allerdings

359ff.; G. Jèze, *L'exécutif en temps de guerre. Les pleins-pouvoirs*. Paris 1917; H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 157f.; R. Malézieux, *Les pleins pouvoirs en Suisse*; G. Rippert, *Le déclin du droit*; C. Schmitt, *Die Diktatur*, 2. A.; *ders.*, Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht*, Bd. 6, 1936, 252ff.; E. Schmitz, *Der Ausnahmezustand in Belgien*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Heft 9, 1928; R. Thoma, *Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung*, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, § 76, 231ff.; H. Tingstén, *Les pleins pouvoirs*; *ders.*, *Les pleins pouvoirs, l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre*.

² Auch die Stellungnahmen der eidgenössischen Behörden zum Problem des Notrechts sind zahlreich. Es sei an dieser Stelle auf die Anführung der parlamentarischen Äußerungen in den stenographischen Bulletins der eidgenössischen Räte verzichtet und dafür auf folgende Berichte und Botschaften des Bundesrates verwiesen: Zweiter Neutralitätsbericht vom 19. Februar 1916, Bbl. 1916 I 119ff., vgl. auch *Salis/Burckhardt*, *Bundesrecht II*, Nr. 784; Botschaft betreffend die außerordentlichen und vorübergehenden Maßnahmen zur Wiederherstellung des Budgetgleichgewichtes, vom 2. September 1933, Bbl. 1933 II 284ff.; Bericht über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, vom 17. September 1937, Bbl. 1937 III 19ff.; Bericht über das Volksbegehren für die Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel, vom 10. Mai 1938, Bbl. 1938 I 717ff.; Bericht über das Volksbegehren betreffend Notrecht und Dringlichkeit, vom 3. April 1939, Bbl. 1939 I 533; Zwischenberichte über die auf Grund der außerordentlichen Vollmachten ergriffenen Maßnahmen, vom 30. September 1946 (Abbau der Kriegsgewinnsteuer und deren Ersetzung durch eine zusätzliche Wehrsteuer von höheren Erwerbseinkommen und Geschäftserträgen), Bbl. 1946 III 760f., und vom 14. Mai 1947 (Ausgleichsabgabe auf Elektrokesselenergie), Bbl. 1947 II 218f.; Bericht über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie, vom 27. Februar 1948, Bbl. 1948 I 1054ff.; Bericht über das zweite Volksbegehren betreffend Rückkehr zur direkten Demokratie, vom 29. Juli 1948, Bbl. 1948 II 980ff.; Botschaft betreffend die Übergangsordnung des Finanzhaushaltes des Bundes, Bbl. 1949 II 81ff. In diesem Zusammenhang sei auch das Gutachten «Dringlichkeit und Notrecht» zu Handen der freisinnig-demokratischen Partei der Schweiz, 1937, sowie der vom Sekretariat der schweizerischen Bauern-, Gewerbe- und Bürgerpartei herausgegebene Sonderabdruck «Demokratie, Notrecht und dringliche Bundesbeschlüsse» aus der «Neuen Berner Zeitung», 1938, erwähnt.

³ Vgl. *Giacometti*, *Vollmachtenregime*, 39, Anm. 21.

auch der Ausdruck «Staatsnotrecht» synonym verwendet. Der Gebrauch der Ausdrücke «Notrecht» und «Staatsnotrecht» zur Bezeichnung einer Kompetenz wird mit Recht abgelehnt von *Pestalozzi*⁴, der im übrigen feststellt, daß vorab die deutsche Literatur über das Notrecht vom Notrecht als einer Kompetenznorm ausgehe, während in der schweizerischen beide Begriffe⁵ nebeneinander verwendet würden, ohne daß der Unterschied immer genügend betont werde. Bei näherer Betrachtung sind die dieser Feststellung zugrunde liegenden Zusammenhänge indessen leicht erkennbar. Die frühere, von konstitutionell-monarchischen Grundsätzen beherrschte deutsche Lehrmeinung⁶ begründete das Notrecht als Recht der Landesherren, sich im Falle eines staatlichen Notstandes wieder in den Besitz seiner ursprünglichen, unumschränkten Gewalt zu setzen, die durch die von ihm dem Lande oktroyierten Verfassung begrenzt worden war⁷. Es lag daher nahe, diese Notrechtskompetenz als subjektives Recht des Herrschers aufzufassen⁸ und sie demgemäß als Notrecht zu bezeichnen.

Der starke Einfluß des deutschen konstitutionell-monarchischen Staatsrechts auf die schweizerische Lehre und Praxis⁹ hatte als selbstverständliche Folge auch die Übernahme der deutschen Terminologie durch die schweizerische Literatur. Allein, diese Terminologie ist im schweizerischen Staatsrecht fehl am Platz, da der demokratische Staat weder juristisch noch ideologisch positivrechtliches Rechtssubjekt sein kann¹⁰. Ebensowenig kommt den Staatsorganen, die dazu berufen sind, Notrecht zu setzen, Rechtspersönlichkeit zu¹¹. Daraus folgt, daß die Notrechtssetzungskom-

⁴ Die Notgesetzgebung, 18f.

⁵ Gemeint ist

a) Notrecht i. S. der Kompetenz, Notrecht zu setzen, und

b) Notrecht i. S. von Normen, die im Verfahren der Notrechtssetzung zustande gekommen sind.

⁶ Vgl. *Töndury*, Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht, 57ff.

⁷ Vgl. dazu *Giacometti*, StRK, 509.

⁸ Dies um so mehr, als die Vorstellung einer (im Monarchen verkörperten) Rechtspersönlichkeit des Staates der Monarchie durchaus adäquat und mithin die Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts gegeben war; vgl. *Giacometti*, a. a. O., 14f.

⁹ Vgl. dazu *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht, 257; *ders.*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, 61; *ders.*, StRK, 512f.; ferner *Töndury*, a. a. O., 108ff.

¹⁰ *Giacometti*, StRK 14/15.

¹¹ *Giacometti*, a. a. O. 132.

petenz niemals ein subjektives Recht des betreffenden staatlichen Organes bilden kann¹². In der vorliegenden Abhandlung soll deshalb die Kompetenz zur Notrechtssetzung durchwegs mit «Notrechtssetzungskompetenz» oder «Notverordnungsrecht» bezeichnet werden¹³, während der Ausdruck «Notrecht»¹⁴ den Rechtsnormen reserviert bleiben soll, die im Wege der Notrechtssetzung zustande gekommen sind, sowie denjenigen, die zwar im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren erzeugt worden sind, denen aber materiell notrechtlicher Charakter zukommt^{14a}.

Erster Abschnitt

Das Notrecht im formellen Sinne

(Die notrechtliche Kompetenzverschiebung)

Die herrschende Lehre nimmt an, daß der Notgesetzgeber bei der Ausübung seiner Kompetenz in kleinerem oder größerem Umfang an die Stelle des ordentlichen Gesetzgebers bzw. Verfassungsgesetzgebers tritt¹⁵. Diese rein formale Betrachtungsweise setzt voraus, daß die Notrechtssetzungskompetenz mit der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz materiell identisch ist. Insofern würden aber die Normen über die Notrechtssetzung ihrem Wesen nach eine *Verschiebung verfassungsmäßiger Kompetenzgrenzen zwischen einfachem Gesetzgeber bzw. Verfassungsgesetzgeber einerseits und dem Notgesetzgeber anderseits* darstellen¹⁶.

§ 2. Die organisatorischen Voraussetzungen der notrechtlichen Kompetenzverschiebung

Eine derartige Verschiebung verfassungsmäßiger Kompetenzen hat zur *Voraussetzung*, daß die Verfassung mehrere staatliche Organe mit streng getrennten Funktionen vorsieht. Die Konzentrierung oder Monopolisierung der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz

¹² Vgl. die vorhergehende Anm.

¹³ Der von Pestalozzi, a. a. O. 19, gewählte Terminus «Notkompetenz» ist zu wenig präzise, um hier verwendet zu werden; Notkompetenzen sind nicht nur auf dem Gebiete der Rechtssetzung, sondern auch auf demjenigen der Verwaltung denkbar; vgl. *Giacometti*, a. a. O., 506.

¹⁴ Bzw. «Notverordnung».

^{14a} Vgl. den zweiten Abschnitt hienach.

¹⁵ *Giacometti*, a. a. O., 506; *ders.*, Vollmachtenregime, 11; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 786.

¹⁶ *Giacometti*, Vollmachtenregime, 12.

bei bestimmten, als Gesetzgeber oder Verfassungsgesetzgeber bezeichneten Organen (denen die von der ordentlichen Rechtssetzung ausgeschlossene und daher in erster Linie als Träger der Notrechtssetzungskompetenz in Frage kommende Exekutive gegenüber steht) bildet nun aber kein Wesensmerkmal der staatlichen Organisation¹⁷. Die Rechtswirklichkeit zeigt vielmehr, daß auch Staatswesen bestehen, in denen entweder nur ein einziges oberstes Staatsorgan alle staatlichen Funktionen in sich vereinigt (absolute Monarchie, Diktatur, Führerstaat), oder aber eine Mehrzahl von Organen gleichwertige Rechtssetzungskompetenzen¹⁸ besitzt. Auch diese Staaten haben selbstverständlich eine Verfassung im absolut materiellen Sinne¹⁹, die sie rechtlich organisiert²⁰ ²¹. Dagegen kommt für sie Notrechtssetzung im formalen Sinne nicht in Frage, da kein Organ existiert, zu dessen Gunsten die Rechtssetzungskompetenzen verschoben werden könnten²². Daraus folgt, daß dem hier verwen-

¹⁷ *Burckhardt*, Methode, 142; a. M. *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 100f. (im «Führerstaat» kann von einer rechtshinormativen Verfassung sinngemäß nicht mehr gesprochen werden); vgl. auch *Fleiner/Giacometti*, BStR, 22, Anm. 4.

¹⁸ Die freilich nur alternierend ausgeübt werden können, sollen keine Widersprüche in der Rechtsordnung entstehen.

¹⁹ Vgl. über diesen Begriff: *Giacometti*, StRK, 17; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 21.

²⁰ *Fleiner/Giacometti*, BStR, 22, Anm. 4; *Burckhardt*, Organisation, 130, 203f.; ders., Methode, 132ff.

²¹ Der Umstand, daß die Organisation dieser Staaten im einzelnen vielfach Ähnlichkeit mit derjenigen gewaltentrennender Rechtsstaaten aufweist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß hier der Gewaltentrennung nicht die Eigenschaft eines obersten staatlichen Prinzips, sondern einer bloßen Maxime der Arbeitsteilung zwischen den Staatsorganen zukommt, was wohl nicht nur (wie *Giacometti*, Vollmachtenregime, 9, Anm. 1, annimmt) eine Zweck-, sondern eine Wesenswandlung des Gewaltentrennungsprinzips bedeutet.

²² Die Annahme von *Töndury*, a. a. O., 158, daß die Notrechtssetzung auch vom gleichen Organ, das mit der ordentlichen Rechtssetzung betraut ist, aber in einem andern Verfahren vorgenommen werden könnte, ist nur theoretischer Natur. Sie setzt ein mit besondern Kautelen versehenes Rechtssetzungsverfahren voraus, das in bestimmter und rechtlich erheblicher Weise vereinfacht werden kann. Verschiedene Rechtssetzungsverfahren, die von ein und demselben Organ ausgeübt werden, sehen gewisse Kantonsverfassungen vor, welche das obligatorische Gesetzesreferendum kennen. Hier kann das Verfahren der Verfassungsrevision gegenüber demjenigen der einfachen Gesetzgebung nur dadurch erschwert werden, daß mit Bezug auf das Verfahren bis zur Volksabstimmung erschwerte Formalitäten eingeführt werden (vgl. dazu *Giacometti*, StRK, 32ff.). Wenn in einem solchen Falle der einfache Gesetzgeber mit Bezug auf die Verfassungsgesetzgebung als Notrechtsträger auftritt (vgl. § 3 hiernach), könnte es theoretisch dazu

deten formalen Begriff der Notrechtssetzung keine Allgemeingültigkeit zukommt²³. Formale Notrechtssetzung ist vielmehr ein spezifisches Institut des gewaltentrennenden Staates²⁴.

In diesem Zusammenhang ist freilich folgende Präzisierung anzubringen: Auch im gewaltentrennenden Staat kommen der Exekutive von Verfassungen wegen bestimmte ordentliche Rechtssetzungskompetenzen zu. Es handelt sich dabei um das Recht der Exekutive, kraft ihrer Vollziehungsgewalt Vollziehungsverordnungen zu erlassen²⁵. Diese Vollziehungsverordnungen dürfen jedoch keine primären Rechtssätze enthalten, d. h. keinen Gegenstand ordnen, der seine Regelung nicht bereits durch ein (vom Gesetzgeber zu erlassendes) Gesetz erfahren hat²⁶. Die Rechtssetzungskompetenz der Exekutive ist mithin auf den Erlaß sekundärer Rechtssätze beschränkt²⁷. Insoweit jedoch der Exekutive ordentliche Rechtssetzungskompetenzen zustehen, m. a. W. auf dem Gebiete der sekundären Rechtssetzung, scheint auch im gewaltentrennenden Staat eine Notrechtssetzung im formalen Sinne ausgeschlossen. Sinnvollerweise kann somit von formeller Notrechtssetzung nur beim Erlaß primärer Rechtssätze gesprochen werden²⁸.

§ 3. Der Träger der Notrechtssetzungskompetenz

Als Träger der Notrechtssetzungskompetenz kommt im liberalen, gewaltentrennenden Staate vorab die Exekutive²⁹ in Frage³⁰. Neben sie tritt in Staaten, welche die unmittelbare Demokratie der Rechtssetzung³¹ kennen, vielfach auch das Parlament als Organ

kommen, daß das gleiche Organ, das die Verfassungsgesetzgebung ausübt, im Verfahren der einfachen Gesetzgebung Notrecht der Verfassungsstufe setzen würde.

²³ Töndury, a. a. O., 165 ff.; Pestalozzi, a. a. O., 11, 12; v. Waldkirch, Notverordnungen, 9; a. M. Reber, Das Notrecht des Staates, 46, der jedoch ebenfalls zugeben muß, daß dem Notrecht je nach der Ausgestaltung der staatlichen Organisation eine mehr oder minder große Bedeutung zukommt.

²⁴ Giacometti, StRK, 506.

²⁵ Giacometti, a. a. O., 495; Fleiner/Giacometti, BStR, 794, 801 ff.

²⁶ Fleiner/Giacometti, BStR, 803; vgl. auch Giacometti, Vollmachtenregime, 9.

²⁷ Fleiner/Giacometti, BStR, 803 f.

²⁸ Giacometti, Vollmachtenregime, 9 f.; vgl. auch v. Waldkirch, a. a. O., 8.

²⁹ Gegebenenfalls auch das Staatsoberhaupt; so z. B. nach Art. 48 der Weimarer Verfassung der Reichspräsident; vgl. dazu Töndury, a. a. O., 81 f.

³⁰ Giacometti, Vollmachtenregime, 7; Lili Zoller, Die Notverordnungen und ihre Grundlagen, 1.

³¹ Giacometti, StRK, 419 ff.

der Notrechtssetzung³². Die Kompetenzverschiebung erfolgt hier nicht zwischen zwei verschiedenen Organen, sondern von der Gesamtheit eines zusammengesetzten Organs³³ auf einzelne Teile desselben³⁴. Neben dem liberalen existiert somit noch ein spezifisch demokratischer Begriff der Notrechtssetzung³⁵.

In Staaten, die eine starre Verfassung aufweisen, die der Verfügung des einfachen Gesetzgebers entzogen ist³⁶, kann auch der einfache Gesetzgeber die Rolle des Notrechtsträgers übernehmen, sofern die Notrechtssetzung Verfassungsmaterien betrifft, d. h. Sachgebiete, deren Regelung dem Verfassungsgesetzgeber vorbehalten ist (dazu gehören u. a. die sogenannten Freiheitsrechte sowie die grundlegenden Normen über die gewaltentrennende Organisation des Staates, ferner, in Bundesstaaten, die Normen über die Kompetenzausscheidung zwischen Zentral- und Gliedstaaten), oder sofern sie bestehendes formelles Verfassungsrecht unmittelbar³⁷ verletzt. Geht man mit *Giacometti*³⁸ davon aus, wesentliches Merkmal des Bundesstaates sei der Umstand, daß die Revision der Staatsverfassung von der Zustimmung der innerstaatlichen Herrschaftsverbände abhängt, und berücksichtigt man die Tatsache, daß diese Mitwirkung der innerstaatlichen Herrschaftsverbände beim Verfahren der einfachen Gesetzgebung ausgeschaltet wird, so erkennt man, daß in Bundesstaaten außer dem liberalen und dem demokratischen auch ein föderalistischer Begriff der Notrechtssetzung denkbar ist³⁹. Notrechtssetzung im Sinne der Verfassungsgesetzgebung durch den einfachen Gesetzgeber⁴⁰ kann aber wohl nur in denjenigen Staaten zu einer gewissen Bedeutung gelangen, die — mindestens für das Verfahren der einfachen Gesetzgebung — die unmittelbare Demokratie der Rechtssetzung nicht kennen.

³² *Giacometti*, a. a. O., 505.

³³ *Giacometti*, a. a. O., 447.

³⁴ Man kann hier auch von der Abkürzung des ordentlichen Rechtssetzungsverfahrens sprechen; vgl. z. B. *Giacometti*, Vollmachtenregime, 39.

³⁵ *Pestalozzi*, a. a. O., 12; *Schindler*, Notrecht und Dringlichkeit, 42 («Ausdruck einer spezifisch demokratischen Problematik»); *Oswald*, Gewaltentrennung, 520a («Übernationales Kennzeichen der Demokratie»).

³⁶ *Giacometti*, StRK, 31f.

³⁷ Zum Begriff der unmittelbaren und mittelbaren Verfassungsverletzung durch Notverordnungen vgl. *Marti*, Verordnungsrecht, 125f.; ferner *Giacometti*, a. a. O., 506f., der zwischen lediglich formellem und formellem und zugleich materiellem Staatsnotrecht unterscheidet.

³⁸ *Fleiner/Giacometti*, BStR, 47.

³⁹ Vgl. *Pestalozzi*, a. a. O., 12.

⁴⁰ Über Fälle, wo der einfache Gesetzgeber mit dem Verfassungsgesetzgeber identisch ist, vgl. oben Anm. 22.

§ 4. Die rechtliche Grundlage der Notrechtssetzungskompetenz

I. Die Notrechtssetzung bedarf, soll sie rechtmäßig ausgeübt werden können, einer *rechtlichen Grundlage*. Diese kann nur in einer Norm bestehen, welche das Organ, die Kompetenz und das Verfahren⁴¹ der Notrechtssetzung bestimmt. Kompetenzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Notrechtssetzung fallen zusammen⁴². Rechtsgrundlage für den Erlaß von Normen der Gesetzes- oder Verfassungsstufe, gleichgültig, ob es sich um ordentliche oder Notrechtssetzung handelt, kann logischerweise nur die Verfassung im Sinne der obersten Zuständigkeitsordnung bilden. Umstritten ist dabei allerdings, ob die Vorschriften der Verfassung über die Setzung von Verfassungsrecht, die Revisionsbestimmungen der Verfassung, normativ betrachtet Rechtssätze und nicht bloß politische Garantien gegen die Abänderung der Verfassung in einer andern als der verfassungsmäßig vorgesehenen Form darstellen⁴³. Der normative Charakter der Revisionsbestimmungen wird verneint von *Burckhardt*⁴⁴, dagegen bejaht von *Giacometti*⁴⁵ für den Fall, wo die Verfassungsgesetzgebung durch ein Kollektivorgan ausgeübt wird, dessen einzelne Teilorgane nacheinander in Funktion treten, und jedes für sich ein bestimmtes Stück Verfassungsgesetzgebung ausübt, da hier keine Identität zwischen Normsetzer und Normadressat besteht⁴⁶. Im Anschluß an die Theorie von *Giacometti* führt *Töndury*⁴⁷ den Nachweis, daß es sich bei den Bestimmungen über die Notrechtskompetenz stets um Rechtsnormen handle, es sei denn, der Verfassungsgesetzgeber sei mit dem Notrechtsträger identisch⁴⁸.

⁴¹ *Burckhardt*, Methode, 237f.

⁴² *Giacometti*, Vollmachtenregime, 35.

⁴³ *Giacometti*, StRK, 446f.

⁴⁴ Organisation 208ff. Dieser Umstand verdient bereits hier hervorgehoben zu werden, da, wie noch dargetan werden soll, die schweizerische Notrechtspraxis weitgehend auf die (teilweise allerdings mißverstandenen) Theorien *Burckhardts* aufgebaut ist.

⁴⁵ A. a. O., 447.

⁴⁶ Wird die Verfassungsgesetzgebung dagegen durch ein Einzelorgan oder ein Kollektivorgan ausgeübt, dessen Teilorgane gleichzeitig tätig werden, so richten sich die Revisionsvorschriften an die gleiche Instanz, die sie gesetzt hat, und können, da eine juristische Selbstbindung ausgeschlossen scheint, keine Rechtssätze bilden; vgl. *Giacometti*, a. a. O., 446, der insoweit mit *Burckhardt* (vgl. Anm. 44 hievor) übereinstimmt.

⁴⁷ A. a. O., 164.

⁴⁸ In diesem bereits erwähnten Fall (vgl. Anm. 22 hievor) sind die Vorschriften über die ordentliche Verfassungsrevision und die Notrechtssetzung auf der Verfassungsstufe an den gleichen Adressaten gerichtet und hinsicht-

Die Feststellung, daß die Vorschriften über die Notrechtssetzung sowohl auf der Gesetzes- wie auf der Verfassungsstufe Rechtssätze darstellen, ist von hoher rechtspolitischer Bedeutung. Es heißt das nichts anderes, als daß die Notrechtssetzung normativ bestimmbar ist und sich demgemäß in die verfassungsmäßige Ordnung des Rechtsstaates eingliedern läßt. Wäre dies nicht der Fall, so könnte die Notrechtssetzung nicht juristisch begründet, sondern höchstens als politische Notwendigkeit gerechtfertigt werden⁴⁹. So aber besteht die Möglichkeit, in juristisch relevanter Weise zwischen verfassungsmäßiger und nicht verfassungsmäßiger, kompetenzmäßiger und nicht kompetenzmäßiger, legaler und illegaler Notrechtssetzung zu unterscheiden.

Juristisch scheint es nach dem bisher Gesagten eine Selbstverständlichkeit, daß die Verfassungsmäßigkeit, Kompetenzmäßigkeit oder Legalität der Notrechtssetzung ausschließlich an der bestehenden positiven Verfassung gemessen werden kann⁵⁰. Das entspricht auch der von den maßgebenden ausländischen Autoren vertretenen Auffassung⁵¹.

In der schweizerischen Lehre und Praxis ist diese Frage dagegen sehr umstritten⁵²; es lassen sich hier vor allem drei Meinungen unterscheiden:

1. Ein Teil der Autoren anerkennt in Übereinstimmung mit der vorerwähnten ausländischen Doktrin die *Bundesverfassung als Maßstab* für die Rechtmäßigkeit der Notrechtssetzung. Zwischen den Vertretern dieser Lehre ist jedoch der Streit darum entbrannt, ob die Bundesverfassung eine umfassende Notrechtssetzungskompetenz enthalte oder nicht. Die Möglichkeit, aus den bestehenden⁵³ lich ihrer rechtlichen Qualifikation einander gleichzustellen (vgl. Anm. 46 hievor und den dazugehörigen Kontext).

⁴⁹ Diese Auffassung vertritt *Reber*, Das Notrecht des Staates, 39 ff., der das Notrecht (i. S. der Notrechtssetzungskompetenz) als «politisch-ethisches Prinzip» definiert.

⁵⁰ Vgl. *Giacometti*, Verfassungslage, 8; Die Abwertung des schweizerischen Verfassungsbegriffes, S. 185, Spalte 1 ff.; Vollmachtenregime, 39.

⁵¹ Vgl. die Übersicht bei *Giacometti*, Vollmachtenregime. 41, Anm. 27.

⁵² Auf eine eingehendere Darstellung dieses z. T. in sehr heftigen Formen ausgefochtenen Meinungsstreites kann hier um so eher verzichtet werden, als darüber bereits eine reichhaltige Literatur besteht; vgl. u. a. *Giacometti*, a. a. O., 36 ff.; *Lachenal*, La séparation des pouvoirs, ZSR n. F. 62, 359 ff.; *Malézieux*, Les pleins pouvoirs en Suisse, 56 ff.; *Marti*, Verordnungsrecht 126 ff.; *Oswald*, Gewaltentrennung, 514 ff.; *Töndury*, a. a. O. 27 ff., 34 ff.

⁵³ Gemeint ist die Verfassungslage bis zum 11. September 1949, dem Datum der Annahme des Art. 89^{bis} BV durch Volk und Stände.

Vorschriften der Bundesverfassung ein allgemeines Notverordnungsrecht ableiten zu können, wird bejaht von *His*, *Schindler*, *Wackernagel* und *Waldkirch*⁵⁴, dagegen abgelehnt von *Blumenstein*, *Giacometti* und *Töndury*⁵⁵. *Burckhardt*, dessen Notrechtstheorie noch näher erörtert werden soll, neigte ursprünglich dazu, eine generelle Notrechtssetzungskompetenz in Art. 85 und 102 BV zu erblicken⁵⁶, später hat er seine Ansicht revidiert⁵⁷.

2. Andere Autoren suchen auf Grund der an sich richtigen Erkenntnis, daß die Bundesverfassung keine Rechtsgrundlage für eine umfassende Notrechtssetzung bietet, den verfassungswidrigen Notverordnungen der Bundesbehörden eine *überpositive Basis* zu geben. Dazu gehören vorab *Bluntschli* (Naturrecht), *Favre* (Gewohnheitsrecht), *Hoerni* (Naturrecht), *Hans Huber* (Legitimität), *Lachenal* (Rechtsüberzeugung des Volkes), *Marti* (Tatsache der Anwendung und Durchsetzung der notrechtlichen Anordnungen), *Oswald* (Naturrecht und Rechtsüberzeugung des Volkes), *Pestalozzi* (Rechtsüberzeugung des Volkes), *Zihlmann* (Legitimität), *Lili Zoller* (Völkerrecht)⁵⁸.

3. Schließlich wird vereinzelt⁵⁹ die Auffassung vertreten, die Verfassungswidrigkeit gehöre zum *Wesen* der Notrechtssetzung⁶⁰. Dieser Ansicht kommt insofern eine höchst aktuelle Bedeutung zu, als sie — mindestens zurzeit — die staatsrechtliche Praxis der eidgenössischen Räte zu beherrschen scheint⁶¹.

II. Die mannigfachen Versuche, der Notrechtspraxis der Bundesbehörden ein juristisch nun einmal nicht konstruierbares Fundament zu geben, entspringen einem eminenten politischen Bedürf-

⁵⁴ Vgl. das Literaturverzeichnis in Anm. 1 hievor; ferner *Giacometti*, Vollmachtenregime, 36, Anm. 7; *Töndury*, a. a. O., 31f.

⁵⁵ Vgl. die vorgehende Anm.

⁵⁶ ZSR n. F. 35, 618ff.

⁵⁷ Komm. BV, 670.

⁵⁸ Betr. Literatur vgl. oben Anm. 1; vgl. ferner *Giacometti*, Vollmachtenregime, 37ff., und *Töndury*, a. a. O., 30ff., mit eingehender Beschreibung und Kritik der einzelnen Theorien.

⁵⁹ So von *Reber*, Das Notrecht des Staates, 36ff.; vgl. ferner *Ziff*, II, 5, letzten Absatz, hienach.

⁶⁰ Mit Recht weist *Pestalozzi*, Die Notgesetzgebung, 20, darauf hin, wenn gesagt werde, das Notrecht sei nicht verfassungsmäßig, so sei mindestens nicht leicht festzustellen, ob damit ein Wesensmerkmal des Notrechtsbegriffes aufgeführt werde oder ob es sich lediglich um eine Aussage über das Fehlen von Notkompetenzen in der Verfassung eines bestimmten Staates handle.

⁶¹ Vgl. *Giacometti*, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 46, 85; Sten. Bull. NR, 1948, 330 (Votum *Feldmann*); Sten. Bull. StR, 1949, 538f. (Votum *Fricker*); vgl. ferner den Aufsatz von Nationalrat *Harald Huber*, Zur Problematik des Dringlichkeitsartikels der BV, SJZ 46, 81ff., insb. 84.

nis⁶². Indessen muß man sich davor hüten, juristische Erkenntnisse und politische Bedürfnisse miteinander zu verquicken oder sie gar zu verwechseln⁶³. Dies gilt vor allem bei der Würdigung der Notrechtstheorie von *Burckhardt*⁶⁴, der ja für die staatsrechtliche Praxis der Bundesbehörden eine ausschlaggebende Bedeutung zukommt.

1. *Burckhardts* erste Auseinandersetzung mit der Frage des Notrechts vollzog sich auf dem Boden des positiven Rechts; in seiner Präsidialadresse vom 11. September 1916 zur 52. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins⁶⁵ erblickte er die verfassungsmäßige Grundlage des Notverordnungsrechts der eidgenössischen Behörden in Art. 85, Ziff. 6 und 7, und Art. 102, Ziff. 9 und 10 der Bundesverfassung.

2. In seinem grundlegenden Werk «Die Organisation der Rechtsgemeinschaft», dessen erste Auflage 1927 erschienen ist, verneint *Burckhardt* die Möglichkeit einer juristischen Rechtfertigung des (per definitionem verfassungswidrigen) Staatsnotrechts⁶⁶.

3. Eine nochmalige Überprüfung der verfassungsmäßigen Grundlage des Notverordnungsrechtes der Bundesbehörden in der 1931 erschienenen 3. Auflage seines Kommentars der schweizerischen Bundesverfassung⁶⁷ läßt in ihm Zweifel aufsteigen, «ob die Bundesverfassung in den unscheinbaren Ziffern der Art. 85 und 102 den politischen Bundesbehörden so weitgehende Macht geben wollte».

4. Alle diese Äußerungen betreffend das Notrecht sind sehr knapp gehalten und werden in aufschlußreicher Weise ergänzt durch die einläßlichen Erörterungen in einem am 19. Februar 1935 dem Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartement über das Volksbegehren zur Wahrung der Volksrechte in Steuerfragen erstatteten Gutachten. Hier nimmt *Burckhardt* zum Problem des Notrechts Stellung wie folgt⁶⁸:

⁶² Vgl. Hans *Huber*, *Constitution et droit de nécessité*, 319f.; m. E. zu weit geht die vom gleichen Autor an anderer Stelle (SJZ 38, 272) vertretene Ansicht, was das Prinzip des (sc. verfassungswidrigen) Notrechts anbelange, habe die zeitgenössische Staatsrechtswissenschaft die Aufgabe, nicht einfach den Rücken zu kehren, sondern ein juristisches Verhältnis zu ihm zu gewinnen, und wäre es selbst um den Preis einer neuen Staatsauffassung (zustimmend zitiert von *Marti*, *Verordnungsrecht*, 125).

⁶³ Vgl. *Giacometti*, *Vollmachtenregime*, 58.

⁶⁴ Vgl. die in Anm. 1 hievor zusammengestellte Literatur.

⁶⁵ ZSR n. F. 35, 618ff.

⁶⁶ A. a. O. (2. A.), 191.

⁶⁷ A. a. O., 670.

⁶⁸ S. auch Bbl. 1948 I 1069f. (Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie).

«Als Notrecht kann man zweierlei bezeichnen: zwei Dinge, die ganz verschieden sind und wohl unterschieden werden müssen, wenn man sich verstehen will:

Man kann darunter verstehen ein Recht des Staates oder besser: eine Kompetenz gewisser Staatsbehörden, namentlich der Regierung, die auf der Verfassung beruht, aber ihnen darin vielleicht nicht ausdrücklich zugeteilt ist. Wenn eine Behörde sich auf *dieses* Notrecht beruft, beruft sie sich auf die Verfassung, die geschriebene oder die ungeschriebene, aber auf ein Stück des positiven Rechts. Und es ist eine Frage des positiven Rechts, ob die Verfassung eine solche Ausnahmebefugnis kenne. Vom Inhalt der geltenden Verfassung hängt es ab, ob dieses Notrecht besteht oder nicht besteht. Wenn die Verfassung es ausdrücklich vorsieht, ist es klar, daß die Behörden sich darauf berufen können; wenn sie es nicht ausdrücklich vorsieht, gilt es, sie, hier wie in andern nicht ausdrücklich gelösten Fragen, auszulegen. Unter keinen Umständen besteht aber dieses Notrecht, wenn die Verfassung es ausdrücklich ausschließt. Und sie kann natürlich, wie es ausdrücklich zulassen, so auch es ausdrücklich ausschließen. *Dieses* Notrecht meinen offenbar diejenigen, die es in der Verfassung ausdrücklich anerkennen wollen. Das kann man (ohne logischen Widerspruch) tun (obes sachlich begründet sei, lasse ich dahingestellt); aber man muß sich vergegenwärtigen, daß, wenn man sich auf diesen Boden begibt, das positive Verfassungsrecht entscheidet: Das Notrecht ist dann gerade so weit zulässig, als die Verfassung es gestattet, und wenn sie es nicht gestattet, ist es unzulässig, wie dringend auch die Not sei. Wenn man also erklärt: Trotz Annahme der Initiative werden Bundesrat und Bundesversammlung kraft verfassungsmäßigen Notrechtes gegebenenfalls ohne das Volk zu befragen neue Abgaben oder Ausgaben beschließen können, so riskiert man, daß andere — und wohl nicht mit Unrecht — sagen: Eben das will die neue Verfassungsbestimmung ausschließen, was in den letzten Jahren unter Berufung auf das Notrecht praktiziert worden ist, *lex posterior derogat legi anteriori*. Oder, wenn sie damit nicht durchdringen, muß man gewärtigen, daß sie ein neues Volksbegehren auflegen, in dem das unmißverständlich ausgeschlossen ist.

Man kann aber unter Notrecht auch etwas anderes verstehen: ein Recht, das dem ‚Staate‘ zustände, nicht kraft der Verfassung, sondern kraft eines außerverfassungsrechtlichen, außerpositivrechtlichen Rechtstitels, kraft Naturrechtes gewissermaßen, das durch keine positivrechtliche Verfassungsbestimmung aufgehoben werden könnte, so wenig wie die unveräußerlichen unzerbrechlichen Menschenrechte; das letzte Mittel, das der Staat ergreift, wenn kein anderes mehr verfangen will, das aber auch jeder Verfassung gegenüber angerufen werden kann, wenn die verfassungsrechtlichen Mittel und Kompetenzen zur Rettung des Staates nicht mehr ausreichen. Dieses

Notrecht, das jeder Verfassung gegenüber stand hat, weil es nicht auf der Verfassung beruht, kann durch keine Bestimmung der Verfassung ausgeschlossen werden. Wer sich aber *darauf* beruft, muß ehrlicherweise den Initianten sagen: Ihr verbietet den Bundesbehörden verfassungsrechtlich, Abgaben ohne Zustimmung des Volkes zu erheben und Ausgaben zu beschließen: Gut! Aber wißt, daß es über der Verfassung ein Notrecht gibt, das uns im äußersten Fall ermächtigt, über eure Bestimmung hinwegzugehen. Das behalten wir uns vor.

Aber wie man auch argumentiere, man beschwört mit dem ‚Notrecht‘ eine heikle Diskussion herauf, die sich leicht in die schwierigsten Probleme der Staatsphilosophie verirren kann, eine Diskussion, von der man sich keinen Nutzen versprechen kann. Man hat schon allzuviel von diesem Notrecht gesprochen, mit erstaunlicher Unbefangenheit; auch der h. Bundesrat in seiner Botschaft vom 2. September 1933. Meiner Meinung nach kann jede, auch die verfassungstreueste Regierung, in die Lage kommen, die Verfassung zu verletzen, und kann diesen Verfassungsbruch auch rechtfertigen; dann nämlich, wenn der Staat, die organisierte Macht, ohne die keine Rechtsordnung, auch keine Verfassung bestehen kann, in Frage gestellt wird. Es hat keinen Sinn, um die Verfassung zu retten, den Staat, der sie verkörpert und erhält, untergehen zu lassen; denn dann geht die Verfassung mit ihm unter. Aber das ist, wie alle Fragen über Geltung oder Nichtgeltung des *Grundgesetzes*, nicht mehr eine juristische Frage, deren Lösung man rechtlich diskutieren und konstruieren könnte. *Rechtsgrundsätze* darüber kann es nicht geben, so wenig wie über die Wahl der einen oder andern Verfassung, wenn mehrere miteinander kämpfen. Es ist eine Notwendigkeit, aber kein *Notrecht*. Eine Notwendigkeit, die die Regierung nicht immer von sich fernhalten kann, über die sie sich nicht zum voraus binden kann, die sie aber auch nicht zum voraus anrufen und vorbehalten kann. Wenn die Existenz des Staates in Frage steht, *tut* man, was die Not gebietet und was man verantworten kann, oder man tut es nicht; aber man stellt nicht zum voraus über das *Recht*, es zu tun oder nicht zu tun, Grundsätze auf. Das ist eine müßige und gefährliche Erörterung. Müßig, weil eine im höheren Sinn verantwortliche Regierung sich darin weder positiv noch negativ binden kann; gefährlich, weil man mit diesem tragischen Konflikt nicht spielen soll. Man soll nicht die Verfassung brechen, als wenn man nicht anders kann, und wenn es jedem Vernünftigen selbstverständlich ist, daß man muß. Krisen, außerordentliche Notstände sind in meinen Augen noch lange keine Rechtfertigung. Wenn man der Verfassung bei jeder schwierigen Lage Schach bietet, sät man Mißtrauen und schwächt man die Achtung vor der Verfassung überhaupt. Die Verfassung, auch die unvollkommene, muß geachtet werden. ‚Was man einmal als ihr Wille

erkannt hat, muß man ehrlich halten, auch wenn einige Vorteile, berechnete Vorteile, preisgegeben werden müssen. Wer einem Gebot der Verfassung bewußt das Opfer eines Interesses bringt, stärkt die Achtung vor der Verfassung und wahrt ein Gut, das jedem Staatswesen und besonders dem demokratischen unentbehrlich ist. Man scheut sich heute zu sehr vor diesem Opfer und gibt in kleiner Münze ein Kapital aus, das weit mehr wert ist als alle die besonderen Vorteile, die man damit erkaufte, und das, wenn einmal ausgegeben, nicht wieder einzubringen ist.⁶⁹»

Versucht man, die vorstehenden Ausführungen in knappen Zügen zu analysieren, so gelangt man zu folgenden Feststellungen:

a) Es ist zu unterscheiden zwischen Notrecht im Sinne einer verfassungsmäßigen Kompetenz und einem über der Verfassung stehenden Notrecht. Damit gibt *Burckhardt*, im Gegensatz zu seinem Schüler *Reber*⁶⁹ die Möglichkeit einer Notrechtssetzung auf positiv-rechtlicher Grundlage implicite zu⁷⁰.

b) Das über der Verfassung stehende Notrecht läßt sich juristisch nicht begründen. Es stellt überhaupt kein *Notrecht*, sondern eine *Notwendigkeit* dar⁷¹.

c) Über das *Recht*, die Verfassung in äußersten Notfällen zu verletzen, soll man zum voraus keine Grundsätze aufstellen.

Das in lit. c aufgestellte Postulat ist nicht juristischer, sondern politischer Natur. Es wäre verfehlt, zu glauben, *Burckhardt* verneine zum vorneherein die rechtliche Möglichkeit notrechtlicher Kompetenzbestimmungen⁷². Aber er lehnt die Aufstellung derartiger Bestimmungen aus Zweckmäßigkeitsgründen ab⁷³.

5. In seiner letzten, «Die Krisis der Verfassung» betitelten Publikation⁷⁴ zur Frage des Notrechts hat *Burckhardt* die vorstehenden Gedanken nochmals zusammengefaßt. Er fragt sich, ob es nicht angezeigt wäre, die Bundesbehörden für gewisse Fälle zu ermäch-

⁶⁹ Vgl. Anm. 59 hievor.

⁷⁰ Er hat dies mit Bezug auf die Notrechtssetzung der Bundesbehörden bereits früher getan; vgl. Anm. 65 und den dazugehörigen Kontext hievor.

⁷¹ Vgl. hiezu: *Organisation*, 191.

⁷² Letzten Endes können allerdings die Grundsätze über die *Verletzung der Verfassung* in Notfällen für *Burckhardt* so wenig Rechtssätze darstellen wie die Revisionsbestimmungen einer Verfassung; vgl. oben Anm. 43 und 44 und die abweichende Meinung *Giacomettis*.

⁷³ Diesen Umstand hat sich die Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 1948 (Bbl. 1948 I 1054) zunutze gemacht, um — freilich ohne Erfolg — das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie, das just die Einführung eines Notrechtsartikels zum Gegenstand hatte, zu bekämpfen.

⁷⁴ Schweizer Monatshefte, 17, 425f.

tigen, wenigstens vorübergehend die Schranken des normalen Verfassungsrechtes zu überschreiten⁷⁵. Diese Notrechtssetzungskompetenzen hätten in erster Linie der Wahrung der äußeren und inneren Sicherheit, der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, soweit die Kantone nicht das Erforderliche anordnen, aber auch zur Abwehr außerordentlicher Gefahren für die schweizerische Volkswirtschaft zu dienen.

Ferner bemerkt er in terminologischer Hinsicht: «Ist das nun ‚Notrecht‘ oder ist es keines? Es ist Notrecht, insofern es für die Fälle der Not gelten soll; aber es ist keines, insofern es kraft der Verfassung selbst gilt, nicht kraft eines überverfassungsrechtlichen Titels, als «Recht», die Verfassung zu brechen. Es soll aber auch nicht die Bedeutung sein, daß das andere, eigentliche Notrecht verboten und damit ein für allemal beseitigt sei»⁷⁶.

Burckhardt bejaht mithin die Möglichkeit, die Notrechtssetzung in der Verfassung zu regeln. Neu ist jedoch die Empfehlung, dies in beschränktem Umfang zu tun. Neu ist gleichfalls die Unterscheidung zwischen uneigentlichem, «verfassungsmäßigem» und eigentlichem Notrecht, das «kraft überverfassungsrechtlichen Titels» gelten soll. Mit diesem Begriff des «eigentlichen» Notrechts gesellt sich *Burckhardt* zu der bereits⁷⁷ erwähnten Gruppe, für die die Verfassungswidrigkeit zum Wesen der Notrechtssetzung gehört. Indessen geschieht diese Scheidung in verfassungsmäßiges und eigentliches Notrecht doch allzu beiläufig, als daß hieraus tiefgehende Schlüsse gezogen werden könnten. Man wird in der Annahme kaum fehlgehen, daß es *Burckhardt* hier wohl in erster Linie um eine terminologische Scheidung, nicht aber um den völligen Umsturz seiner Anschauungen über das Notrecht gegangen ist.

§ 5. Die Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung

Unter *Ratio* ist hier zu verstehen der Inbegriff der Gründe, die den Verfassungsgesetzgeber veranlassen bzw. veranlassen sollten⁷⁸, eine Verschiebung der verfassungsmäßigen Kompetenzgrenzen zwischen dem ordentlichen Gesetzgeber⁷⁹ und dem Notgesetzgeber vorzusehen. Eine systematische Erforschung dieser Gründe scheint

⁷⁵ A. a. O., 434f.

⁷⁶ A. a. O. 435.

⁷⁷ Vgl. Ziff. I, 3, hievor.

⁷⁸ Wenn er unechte Lücken in der Verfassung vermeiden will.

⁷⁹ Worunter sowohl der einfache wie der Verfassungsgesetzgeber zu verstehen ist.

um so notwendiger, als die Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz von den damit betrauten staatlichen Organen auf ein anderes Organ oder von einem zusammengesetzten Organ auf ein Teilorgan⁸⁰ einen äußerst schweren Eingriff in die staatliche Organisation darstellt, mit der stets eine Änderung der Staatsform⁸¹, ja unter Umständen eine Gefährdung der für den Bestand einer Rechtsordnung unentbehrlichen außerrechtlichen Voraussetzungen⁸², verbunden ist.

I. Zwischen der Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung und derjenigen der ursprünglichen, normalen Kompetenzverteilung darf kein Widerspruch bestehen, da ein solcher zur Negierung der ordentlichen Staatsform führen würde.

Wenn der Bundesrat in seinem Bericht vom 27. Februar 1948 über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie⁸³ Zweifel darüber äußert, ob eine für den Staat lebenswichtige Verfassungsänderung die erforderliche Mehrheit des Volkes oder der Stände fände, so rührt er damit an den Grundfesten der Demokratie, nämlich an der Überzeugung, daß das Volk als Souverän letzten Endes stets richtig oder mindestens am richtigsten entscheide. Sind Bundesrat und Parlament der Meinung, eine Verfassungsänderung sei «lebenswichtig», und verwirft das Volk diese Vorlage, so ist damit implicite der Entscheid getroffen, daß die Verfassungsänderung nicht lebenswichtig sei und deshalb verworfen werden könne⁸⁴. Zweifelt man — wie dies der Bundesrat in seinem erwähnten⁸⁵ Berichte tut — die Fähigkeit des Volkes an, in einem derartigen Fall richtig zu entscheiden, so ne-

⁸⁰ Vgl. oben § 3.

⁸¹ Vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 21; *Giacometti*, Verfassungslage, 6.

⁸² Von *Schindler*, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 92f., als «Ambiance» bezeichnet; vgl. ferner *Giacometti*, Vollmachtenregime, 83; «Dieses Übermaß von Freiheitsbeschränkungen und diese Hypertrophie der Notrechtssetzung bergen die Gefahr in sich, daß das Individuum infolge der Nichtbetätigung der Freiheit sich allmählich dieser Freiheit entwöhne und damit der Vermassung, die eine kriegsbedingte Erscheinung ist und nur eine solche sein sollte, immer mehr anheimfalle, der Staatsallmacht immer intensiver seine Persönlichkeit opfere.»

⁸³ Bbl. 1948 I 1068.

⁸⁴ Völlig eindeutig ist dieser Entscheid freilich nicht. Es ist vielmehr denkbar, daß der Souverän, wiewohl er eine Verfassungsänderung für dringlich wünschbar, ja lebenswichtig hält, die ihm unterbreitete Vorlage dennoch ablehnt, weil sie ihm als Mittel zur Behebung der bestehenden Notlage ungeeignet (z. B. als zu weitgehend oder zu wenig wirksam) erscheint. Vgl. die eingehende Erörterung dieses Problems in Ziff. II, 3, lit. b, dieses Paragraphen.

⁸⁵ S. Anm. 83.

giert man damit im Grunde bereits das demokratische Prinzip⁸⁶. Dagegen vermag auch die beschwichtigende Erklärung nicht aufzukommen, daß es in Krisenzeiten eben nicht immer möglich sei, die öffentliche Meinung über die in Frage stehenden Probleme richtig aufzuklären⁸⁷, denn dieser Einwand kann naturgemäß nur für jene notrechtlichen Maßnahmen gelten, die geheimgehalten werden müssen⁸⁸. Der Bundesrat vertritt allerdings die Auffassung, daß infolge der in Zeiten der Kriegsgefahr notwendigen Einschränkungen der Presse-, Versammlungs- und Vereinsfreiheit das richtige Funktionieren der Volksabstimmung schlechthin in Frage gestellt sei⁸⁹. Genau genommen würde das heißen, das Vollmachtenregime habe die unmittelbare Demokratie nicht nur rechtlich in einem weiten (jedoch nicht unbeschränkten) Umfang suspendiert, sondern in ihren tatsächlichen Voraussetzungen vorübergehend völlig erdrosselt. Dieses düstere Bild stimmt mit der Wirklichkeit glücklicherweise nicht überein. Die schweizerische Demokratie hat sich auch unter dem Vollmachtenregime als lebensfähig erwiesen⁹⁰.

Unter diesen Umständen muß man sich ernstlich fragen, ob die vom Bundesrat an der Funktionsfähigkeit der unmittelbaren Demokratie in Kriegszeiten gehegten Zweifel nicht eher auf die Besorgnis zurückzuführen sind, die Stimmberechtigten nicht unter allen Umständen zur Annahme einer von den Behörden als notwendig empfundenen Vorlage bewegen zu können. Dadurch würden aber, wie

⁸⁶ Und gibt sich gleichzeitig in gefährliche Nähe von Gedankengängen, wie sie der preußische Minister v. Rochow 1838 in einer Antwort auf eine Protestadresse gegen die Aufhebung der Verfassung des Landes Hannover formuliert hat: «Es ziemt dem Untertanen nicht, die Handlungen des Staatsoberhauptes an den Maßstab seiner beschränkten Einsicht anzulegen» (Georg *Büchmann*, *Geflügelte Worte und Zitatenschatz*, neue Ausgabe, Zürich 1946, 310).

⁸⁷ *Marti*, *Verordnungsrecht*, 127; *ders.*, *Dringlichkeit und Notrecht*, 187; vgl. ferner Bbl. 1948 I 1068; vgl. ferner *Schindler*, *Notrecht und Dringlichkeit*, 19: «Weiter sollte geprüft werden, ob es überhaupt möglich wäre, das Volk jeweils mit der erforderlichen Raschheit aufzuklären, um es in den Stand zu setzen, in den komplexen, seit 1933 durch Notrecht geregelten Materien stets das Richtige zu treffen.»

⁸⁸ Vgl. *Marti*, *Verordnungsrecht*, 127; *ders.*, *Dringlichkeit u. Notrecht*, 187.

⁸⁹ Bbl. 1948 I 1068.

⁹⁰ So haben in den Jahren 1939 (nach Kriegsausbruch), 1940, 1941, 1944 und 1945 (bis Kriegsende) je eine, im Jahre 1942 zwei Abstimmungen auf eidgenössischem Boden stattgefunden. Ferner sind im Jahre 1939 (nach Kriegsausbruch) 7, 1940 7, 1941 4, 1942 1, 1943 4, 1944 5 und 1945 (bis Kriegsende) 2 dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterstellte Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ergangen; vgl. die Referendums- und Abstimmungstafel für die Jahre 1930–1951, Bbl. 1951 III 1132.

*Giacometti*⁹¹ bemerkt, die Dinge in Verkennung des Wesens der Referendumsdemokratie auf den Kopf gestellt, indem man die Ablehnung von Vorlagen durch das Volk als eine Verzerrung der unmittelbaren Demokratie ansieht, und den Sinn der Volksabstimmung in einem Plebiszit für die parlamentarischen Vorlagen erblickt.

II. Aus dem eben Gesagten geht hervor, daß die sachliche Unfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers niemals als Ratio für die Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz in Betracht fallen kann. Es müssen vielmehr *äußere* Umstände sein, die den Gesetzgeber an der Ausübung seiner Funktion hindern und deshalb eine Kompetenzverschiebung notwendig machen⁹².

Wie jede staatliche Tätigkeit muß auch die Rechtssetzung von den durch die Verfassung hiezu berufenen Personen in einem bestimmten, gleichfalls durch die Verfassung oder durch ein Gesetz vorgeschriebenen Verfahren erfolgen⁹³. Es ist nun möglich, daß die mit der Rechtssetzung betrauten Personen verhindert werden, ihrem dem Staate zuzurechnenden Willen Ausdruck zu geben. Insofern kann von einer *absoluten Funktionsunfähigkeit* des Gesetzgebers gesprochen werden. Davon abgesehen kommt es jedoch vielfach vor, daß die mit der Rechtssetzung betrauten Personen, wiewohl sie an sich durchaus in der Lage wären, ihrem Willen Ausdruck zu geben, durch besondere Umstände verhindert werden, diesen Willen in dem durch die Verfassung vorgeschriebenen Verfahren zu verwirklichen. Insofern besteht eine *relative Funktionsunfähigkeit* des Gesetzgebers.

1. *Absolute Funktionsunfähigkeit* des Gesetzgebers tritt ein, wenn außerordentliche Verhältnisse, wie kriegerische Ereignisse, innere Unruhen, Naturkatastrophen, Epidemien und Tierseuchen⁹⁴ das mit der Rechtssetzung betraute Organ oder ein Teilorgan⁹⁵ an der Ausübung seiner Funktionen hindern⁹⁶; so namentlich,

⁹¹ Verfassungslage, 14.

⁹² Die Verschiebung einer Kompetenz kann vernünftigerweise nur in Frage kommen, wenn der ursprüngliche Träger derselben funktionsunfähig geworden ist.

⁹³ *Giacometti*, StRK, 181f.

⁹⁴ Diese Aufzählung findet sich in Art. 6 des BG vom 12. März 1948 über die Rechtskraft der bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848—1947 und über die neue Reihe der Sammlung (AS 1949, 1523). Über den Fall einer durch Tierseuche verursachten Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers (Verunmöglichung der Volksabstimmung) vgl. Anm. 98 hienach.

⁹⁵ Wenn der Gesetzgeber ein zusammengesetztes Organ ist; vgl. oben § 3.

⁹⁶ An solche Fälle denkt offenbar *Burckhardt*, wenn er in seinem oben § 4, II, 4, zitierten Gutachten feststellt, «daß auch die verfassungstreueste

wenn Zusammentritt und Tagung des Parlaments oder die Volksabstimmung über eine Gesetzesvorlage verunmöglicht werden⁹⁷. Eine derartige absolute Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers stellt indessen nicht nur in historischer Sicht⁹⁸, sondern, wie noch gezeigt werden soll⁹⁹, auch juristisch einen Sonderfall dar.

2. Eine ungleich größere Bedeutung mit Bezug auf die Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz kommt dagegen der *relativen Funktionsunfähigkeit* des Gesetzgebers zu. Sie stellt gewissermaßen den «Normalfall» der notrechtlichen Kompetenzverschiebung dar. Die Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz wegen relativer Funktionsunfähigkeit der Gesetzgeber ist indessen nicht unbedenklich. Sie hat u. a. zur Folge, daß der Träger der Notrechtssetzungs-

Regierung in die Lage kommen kann, die Verfassung zu verletzen, dann nämlich, wenn der Staat, die organisierte Macht, ohne die keine Rechtsordnung bestehen kann, in Frage gestellt wird.»

⁹⁷ Vgl. *Giacometti*, Vollmachtenregime, 31.

⁹⁸ Seit der Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848 scheint es noch nie vorgekommen zu sein, daß die eidgenössischen Räte am Zusammentritt oder an der Abhaltung ihrer Tagung verhindert worden wären. Das dürfte, wenigstens bis in die allerneueste Zeit, auch für die Durchführung der Volksabstimmungen gegolten haben. In seiner Botschaft vom 22. Januar 1948 über die verfassungsmäßige Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes (Bbl. 1948 I 319) bemerkt der Bundesrat freilich, daß auf die Abstimmungen von Volk und Ständen über den BB vom 11. 4. 1940 (über Maßnahmen zur Tilgung der außerordentlichen Wehraufwendungen und zur Ordnung des Finanzhaushaltes des Bundes; Bbl. 1940, 432) habe verzichtet werden müssen, «weil sich inzwischen die internationalen politischen und kriegesischen Verhältnisse derart scharf zugespitzt hatten, daß innenpolitische Auseinandersetzungen, wie sie ein Abstimmungskampf bringen könnte, vermieden werden mußten.» Indessen kann hier selbstverständlich von einer absoluten Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers nicht gesprochen werden. Dagegen mußte die auf den 2. Dezember 1951 angesetzte Volksabstimmung über den BB vom 22. Juni 1951 betr. Verlängerung der Geltungsdauer des BB vom 24. Juni 1949 über die Bewilligungspflicht für die Eröffnung und Erweiterung von Gasthöfen (Bbl. 1951 III 215) vom Bundesrat (Beschluß vom 16. November 1951; Bbl. 1951 III 711) abgesagt werden wegen starken Auftretens der Maul- und Klauenseuche in einigen Kantonen. Es dürfte sich hier um den ersten Fall einer durch Tierseuche verursachten absoluten Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers handeln. Diese Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers hat eine entsprechende Kompetenzverschiebung nach sich gezogen: Mit dringlich erklärtem Bundesbeschluß vom 19. Dezember 1951 (AS 1951, 1259) verlängerte die Bundesversammlung in eigener Kompetenz die Geltungsdauer des BB über die Bewilligungspflicht für die Eröffnung und Erweiterung von Gasthöfen bis zum Zeitpunkt, in dem die Volksabstimmung über den BB vom 22. Juni 1951 durchgeführt werden konnte, höchstens aber bis zum 30. Juni 1952.

⁹⁹ Vgl. § 6, II, hienach.

kompetenz nicht an Stelle¹⁰⁰, sondern neben den ordentlichen Gesetzgeber tritt, m. a. W., daß zwei Behörden Recht von gleicher Geltungskraft setzen¹⁰¹. Dazu kommt, daß es, anders als im Falle der absoluten Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers, schwierig ist, objektive und juristische relevante Kriterien für die relative Funktionsunfähigkeit der rechtssetzenden Organe zu finden.

a) Den wichtigsten Fall relativer Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers bildet zweifellos die *zeitliche Dringlichkeit* der Rechtssetzung. Auf den ersten Blick mag es scheinen, der Umstand, daß eine Maßnahme, deren Anordnung dem Gesetzgeber obliegt, aus zeitlichen Gründen im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren nicht getroffen werden kann¹⁰², enthalte genügend objektive Momente, um eine klare und eindeutige Regelung der notrechtlichen Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz zu erlauben. Es kann daher nicht verwundern, wenn in den Untersuchungen über die Notrechtssetzung das Problem der zeitlichen Dringlichkeit eine hervorragende Stellung einnimmt¹⁰³. Zu weit führt es aber, wenn die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung geradezu als *das* wesentliche Merkmal des Staatsnotstandsbegriffs qualifiziert wird¹⁰⁴. Bereits die bisherigen Ausführungen haben ja gezeigt, daß ausgerechnet im Falle der intensivsten Gefährdung der staatlichen Organisation, dann nämlich, wenn der Gesetzgeber absolut funktionsunfähig ist, die zeitliche Dringlichkeit als Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung keine oder nur eine sehr indirekte Rolle spielt¹⁰⁵. Im folgenden soll

¹⁰⁰ Wie im Falle absoluter Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers.

¹⁰¹ *Burckhardt*, Komm. BV, 670.

¹⁰² *Giacometti*, StRK, 510.

¹⁰³ Dies mag freilich auch damit zusammenhängen, daß die zeitliche Dringlichkeit regelmäßig als einzige rechtliche Voraussetzung der notrechtlichen Kompetenzverschiebung in der Verfassung positiviert erscheint; vgl. unten § 6, III.

¹⁰⁴ *Töndury*, a. a. O., 154.

¹⁰⁵ A. M. *Giacometti*, Rechtsstaat und Notrecht, 213f. und 214, Anm. 4 und 5, der annimmt, daß jeder Staatsnotstand auf eine zeitliche Dringlichkeit der Abkürzung des normalen Verfahrens der Gesetzgebung und Verfassungsrevision zurückführbar sei. Dazu ist jedoch zu sagen, daß im Falle der absoluten Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers oder Verfassungsgesetzgebers nicht wohl von einer Abkürzung des normalen Rechtssetzungsverfahrens gesprochen werden kann, da dieses Verfahren vorübergehend überhaupt nicht spielt. Damit entfällt aber die Möglichkeit, die Dauer des ordentlichen Rechtssetzungsverfahrens, d. h. eine objektiv feststellbare Größe, zum Maßstab der zeitlichen Dringlichkeit der Rechtssetzung zu machen. An Stelle dieser Dauer tritt diejenige der absoluten Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers oder Verfassungs-

nun noch dargelegt werden, daß die zeitliche Dringlichkeit zu einer weiteren Relativierung des Begriffs der Notrechtssetzung führt (b), daß sie keineswegs geeignet ist, den Bereich der Notrechtssetzung von demjenigen der ordentlichen Gesetzgebung in befriedigender Weise abzugrenzen, insbesondere aber dem freien Ermessen des Trägers der Notrechtssetzungskompetenz wirksame objektive Schranken zu setzen (c), und schließlich, daß es neben ihr noch weitere Fälle relativer Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers gibt, die gleichfalls als Rationes für eine Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz in Betracht fallen (d) (e).

b) Ob und in welchem Umfange die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung eine Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz überhaupt bedingen kann, hängt von der jeweiligen Ausgestaltung des Rechtssetzungsverfahrens ab. Denn je mehr Zeit das Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung erfordert, desto größer wird die Möglichkeit, daß eine bestimmte Maßnahme auf diesem Wege nicht bzw. nicht rechtzeitig getroffen werden kann. Je kürzer dagegen der Weg der ordentlichen Gesetzgebung ist, desto seltener wird zur notrechtlichen Kompetenzverschiebung Zuflucht genommen werden müssen¹⁰⁶ ¹⁰⁷. Der ohnehin bloß relativ allgemeingültige¹⁰⁸, formale Begriff der Notrechtssetzung¹⁰⁹ erfährt mithin durch die Verkoppelung mit der zeitlichen Dringlichkeit der Rechtssetzung eine weitere Relativierung, die im Hinblick auf seinen wissenschaftlichen Erkenntniswert einerseits und auf seine praktische Brauchbarkeit anderseits nicht unbedenklich ist.

gesetzgebers, die u. U. nicht oder nur schwer abgeschätzt werden kann. Vgl. dazu auch *Pestalozzi*, a. a. O., 22, der in diesem Zusammenhang unter Berufung auf *Wackernagel* (Zur Lehre vom Staatsnotstand, 195) von der Möglichkeit einer «Dringlichkeit im weitern Sinne» oder einer «relativen Dringlichkeit» spricht. Diese wäre dann gegeben, wenn der Zeitpunkt, in dem der normale Gesetzgebungsweg wieder genügend erscheint (m. a. W., in dem der Gesetzgeber seine Funktionsfähigkeit wieder erlangt), nicht abgewartet werden kann.

¹⁰⁶ Vgl. *Pestalozzi*, a. a. O., 12.

¹⁰⁷ Für das schweizerische Bundesstaatsrecht ergibt sich daraus die merkwürdige Konsequenz, daß der notrechtlichen Kompetenzverschiebung wegen zeitlicher Dringlichkeit für die Verfassungsgesetzgebung eine geringere Bedeutung zukommt als für die einfache Gesetzgebung; denn diese beansprucht (sofern das Referendum ergriffen wird) 5—6 Monate, während für jene etwa 2 Monate ausreichen; vgl. unten § 21, Anm. 27. Diese Berechnung gilt freilich nur für den Fall, wo sich dem Akt der Verfassungsgesetzgebung kein solcher der einfachen Gesetzgebung anschließt.

¹⁰⁸ Vgl. *Töndury*, a. a. O., 165f.; *Pestalozzi*, a. a. O., 11f.

¹⁰⁹ Vgl. § 2 hievor.

c) Die Einführung des Momentes der zeitlichen Dringlichkeit bedeutet zweifellos eine begriffliche Einschränkung¹¹⁰ der Notrechtssetzung, die indessen rein formaler Natur ist. Denn vorausgesetzt, daß der Weg der ordentlichen Gesetzgebung aus zeitlichen Gründen nicht gangbar ist, kann der Träger der Notrechtssetzungskompetenz jede ihm gutscheinende Maßnahme treffen, gleichgültig, ob es sich um die Abwehr eines allgemeinen oder besonderen staatlichen Notstandes¹¹¹ oder um einen Akt autonomer Rechtsschöpfung¹¹² handelt¹¹³. Im Rahmen der zeitlichen Dringlichkeit ist die Notrechtssetzung mithin dem freien Ermessen¹¹⁴ des Trägers der Notverordnungscompetenz anheimgestellt¹¹⁵. Die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung, so unbestritten ihre Bedeutung als Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung auch ist, kann deshalb für sich allein niemals ein genügendes *iudicium finium regundorum* zwischen der ordentlichen und der Notrechtssetzung bilden.

Zu diesem Ungenügen in objektiver Hinsicht gesellt sich vielfach noch ein subjektiver Umstand, der die Inanspruchnahme der Notrechtssetzungskompetenz unter Berufung auf die zeitliche Dringlichkeit erst recht problematisch erscheinen läßt. Gemeint ist die absichtliche oder unabsichtliche Herbeiführung der zeitlichen Dringlichkeit durch das Parlament¹¹⁶, das selber Träger der Notrechts-

¹¹⁰ Diese kann zur rechtlichen Schranke werden, wenn die zeitliche Dringlichkeit als Voraussetzung der Notrechtssetzung positiviert wird; vgl. § 6, III, hienach.

¹¹¹ Zur Unterscheidung von allgemeinem und besonderem staatlichem Notstand vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 779f.

¹¹² Vgl. zu diesem Begriff *Schindler*, Die verfassungspolitische Lage, 9, der die «autonome» Rechtsschöpfung der «durch äußere Umstände bedingten» bzw. «zur Abwehr einer Notlage gebotenen» gegenüberstellt.

¹¹³ Vgl. *Töndury*, a. a. O., 168f.

¹¹⁴ Zur Frage, inwieweit auch diesem freien Ermessen Schranken gesetzt sind, vgl. § 7, I, hienach.

¹¹⁵ Vgl. *Giacometti*, StRK, 510, und *Fleiner/Giacometti*, BStR, 781, wo freilich verlangt wird, daß an den Begriff der zeitlichen Dringlichkeit ein strenger Maßstab anzulegen sei. *Töndury*, a. a. O., 168ff. möchte dagegen den von ihm auf der zeitlichen Dringlichkeit der Verfassungsgesetzgebung aufgebauten Staatsnotstandsbegriff «zum Schutze der Rechtsordnung vor der Willkür des Notrechtsträgers» materiell beschränken. Dadurch stellt er aber das Ergebnis seiner Untersuchung völlig in Frage. Es geht eben nicht an, den staatlichen Notstand als Ermessensbegriff abzulehnen (a. a. O., 102ff.), in der Folge aber einen Staatsnotstandsbegriff aufzustellen, der letzten Endes selber als Ermessensbegriff qualifiziert werden muß (a. a. O., 178).

¹¹⁶ Vgl. z. B. die Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft vom 22. Juli 1949 betreffend die Übergangsordnung des Finanzhaushaltes des Bundes, Bbl. 1949 II 79ff.

setzungskompetenz ist¹¹⁷. Es kann mithin die eigentümliche und keineswegs erwünschte Situation eintreten, daß der Träger der Notrechtssetzungskompetenz die Voraussetzungen für die Ausübung dieser Kompetenz — über deren Bestehen er ohnehin selber entscheiden muß¹¹⁸ — selber schafft. Dadurch erfährt der Begriff der zeitlichen Dringlichkeit auch hinsichtlich seiner Objektivität eine bedeutsame Abschwächung.

d) Stellt man sich vor, das Vollmachtenregime während der beiden Weltkriege 1914/18 und 1939/45 hätte anstatt vom Bundesrat von der Bundesversammlung ausgeübt werden müssen, so erkennt man, daß einem bestimmten Gesetzgebungsverfahren auch¹¹⁹ in *quantitativer* Hinsicht Schranken gesetzt sind. Scheint es doch ausgeschlossen, daß die Bundesversammlung mit ihrem Zweikammersystem und ihren periodischen Sessionen den Anforderungen der durch die Kriegswirtschaft bedingten gesetzgeberischen Massenproduktion auch nur einigermaßen gewachsen gewesen wäre. Eine gewisse Vergrößerung der gesetzgeberischen Kapazität der Bundesversammlung hätte sich wohl durch eine Ausdehnung der Sessionen erreichen lassen; indessen wären auch dieser Möglichkeit relativ enge Grenzen gesteckt gewesen^{120 121}. Neben der zeitlichen Dringlichkeit der Rechtssetzung kann mithin als Ursache der relativen Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers auch die quantitativ ungenügende Leistungsfähigkeit desselben in Betracht fallen¹²².

e) Relative Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers kann schließlich entstehen mit Bezug auf gesetzgeberische Maßnahmen, die ihrer Natur nach *geheimgehalten* werden müssen und sich demgemäß nicht für eine öffentliche Beratung und Beschlußfassung eignen¹²³.

¹¹⁷ Was in der direkten Demokratie zutreffen kann, vgl. oben § 3 und Art. 89^{bis} BV.

¹¹⁸ Weil der ordentliche Gesetzgeber dazu aus zeitlichen Gründen nicht in der Lage ist; vgl. *Töndury*, a. a. O., 169.

¹¹⁹ D. h. neben den zeitlichen Minimalgrenzen; vgl. lit. b hievor.

¹²⁰ Vor allem mit Rücksicht auf das in der Schweiz gebräuchliche Kommissionensystem.

¹²¹ Die Verlängerung der Sessionen oder gar deren Umwandlung in eine ständige Tagung hätte überdies eine ähnliche Verschiebung des normalen Kräfteverhältnisses zugunsten der Bundesversammlung mit sich gebracht, wie sie zugunsten des Bundesrates — durch die Vollmachtenerteilung — tatsächlich erfolgt ist.

¹²² Das gilt auch für die unmittelbar demokratische Gesetzgebung. Denn die einzelne Volksabstimmung darf nicht mit einer Unzahl von Vorlagen belastet werden — auch wenn dies technisch möglich wäre — da das Referendum sonst zur Farce würde; vgl. auch *Pestalozzi*, a. a. O., 8.

¹²³ Vgl. auch *Giacometti*, Vollmachtenregime, 31; *Pestalozzi*, a. a. O., 8.

Derartige Maßnahmen können selbstverständlich im Verfahren der unmittelbar demokratischen Rechtssetzung niemals getroffen werden. Eine andere Frage ist, ob sie wenigstens vom Parlament in geheimer Sitzung beraten werden können.

Wiewohl die mannigfachen Zusammenhänge zwischen zeitlicher Dringlichkeit der Rechtssetzung, Überlastung des Gesetzgebers und Geheimhaltung von Maßnahmen nicht übersehen werden können¹²⁴, müssen diese drei Rationes notrechtlicher Kompetenzverschiebung doch scharf getrennt werden. Denn im Gegensatz zur notrechtlichen Kompetenzverschiebung im Einzelfall reicht m. E. die zeitliche Dringlichkeit als Ratio für eine generelle Kompetenzverschiebung (wie z. B. im Falle der Vollmachtenerteilung an den Bundesrat) nicht aus. Die zeitliche Dringlichkeit kann daher auch nicht zum einzigen Maßstab der Rechtmäßigkeit der Handlungen des bevollmächtigten Organs genommen werden; es sei denn, der Ermächtigungsbeschluß enthalte eine entsprechende positive Vorschrift¹²⁵.

3. Nirgends so sehr wie in der *unmittelbaren Demokratie* macht sich das Bedürfnis nach notrechtlicher Verschiebung der Rechtssetzungskompetenzen geltend. Dies mag vorab mit der Empfindlichkeit des Gesetzgebungsapparates gegen Störungen, die zur absoluten Funktionsunfähigkeit¹²⁶ desselben führen können, zusammenhängen, sodann aber mit der zeitraubenden Umständlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens¹²⁷, das die relative Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers zufolge zeitlicher Dringlichkeit der Rechtssetzung geradezu provoziert¹²⁸. Ferner ist naturgemäß jede geheime Beratung von gesetzgeberischen Maßnahmen, welche der Volksabstimmung unterliegen, ausgeschlossen¹²⁹, während anderseits dem Moment der

¹²⁴ Die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung kann z. B. eine direkte Folge der Überlastung des Gesetzgebers sein. Überlastung des Gesetzgebers und Geheimhaltung von gesetzgeberischen Maßnahmen sind typische Folgen außergewöhnlicher Umstände und sollten normalerweise nicht vorkommen.

¹²⁵ Was für die Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 nicht zutrifft. Vgl. auch die abweichende Meinung von *Giacometti*, Vollmachtenregime, 30, der aber immerhin zwei Ausnahmen von der zeitlichen Dringlichkeit zuläßt (a. a. O., 31): falls die verfassungsmäßigen notwendigen Faktoren der Rechtssetzung faktisch an der Ausübung ihrer Funktionen verhindert wären (absolute Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers; vgl. Ziff. 1 hievor) und falls eine öffentliche Beratung und Beschlußfassung mit Bezug auf kriegsbedingte Erlasse und damit eine Referendumskampagne aus höheren Gründen der Staatsraison wirklich unmöglich erscheinen sollte (vgl. lit. e hievor).

¹²⁶ Vgl. Ziff. 1 hievor.

¹²⁷ Vgl. oben Anm. 107.

¹²⁸ Vgl. Ziff. 2, lit. b, hievor.

¹²⁹ Wogegen in der repräsentativen Demokratie nötigenfalls zum Mittel

Überlastung des Gesetzgebers in der direkten Demokratie kaum größere Bedeutung zukommt als in der repräsentativen Demokratie¹³⁰.

Die Rechtswirklichkeit¹³¹ zeigt indessen, daß in der unmittelbaren Demokratie vielfach Verschiebungen der Rechtssetzungskompetenzen vorgenommen werden, ohne daß absolute Funktionsunfähigkeit oder einer der eben aufgezählten Fälle relativer Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers objektiv festgestellt werden könnte. Die Frage scheint daher berechtigt, ob in der direkten Demokratie noch weitere Fälle relativer Funktionsunfähigkeit denkbar sind, welche eine Verschiebung der Rechtssetzungskompetenzen notwendig erscheinen lassen.

a) In seiner Abhandlung zur Lehre vom Staatsnotstand¹³² wirft *Wackernagel* die Frage auf, «ob neben Dringlichkeit nicht auch andere Umstände, die mit dieser nichts zu tun haben, bei einer erheblichen Gefährdung des Gemeinwesens eine an sich verfassungswidrige Beschlußfassung politisch rechtfertigen könnten»¹³³. Ohne sich auf eine positive Antwort festlegen zu wollen, stellt er, vor allem im Anschluß an die parlamentarischen Debatten über das erste Finanzprogramm 1933¹³⁴, folgende Faktoren relativer Funktionsunfähigkeit des Volkes (als Teilorgan des Gesetzgebers) zur Diskussion¹³⁵:

— «Die momentan fehlende Einsicht des Volkes in die Bedeutung und in den Inhalt der Vorlage, welche seinem Entscheide zu unterbreiten gewesen wäre, sowie in die allgemein politische Tragweite eines Volksentscheides im einen oder andern Sinne.»

— «Ein bezüglich dieser Vorlage im Volke noch fehlender Gemeinwille» (im Sinne der Rousseau'schen *volonté générale*).

— «Die Gefahr, daß ein Abstimmungskampf über die Vorlage entbrennen würde, welcher, alle Regeln des demokratischen Meinungsstreites überschreitend, mit einer Leidenschaftlichkeit und einem Übermaß geführt würde, daß dadurch der demokratische Staat selbst in seiner Existenz gefährdet wäre.»

Von den hier aufgezählten Rationes steht die erste zweifellos der parlamentarischen Geheimsitzungen gegriffen werden kann; vgl. auch Ziff. 2, lit. e, hievor.

¹³⁰ Hinsichtlich der Überlastung des Gesetzgebungsverfahrens spielt vor allem die Organisation des Parlamentes (Ein- oder Zweikammersystem) sowie der parlamentarischen Beratungen (ein- oder mehrmalige Lesung der Gesetzesvorlagen) eine Rolle; vgl. auch Ziff. 2, lit. d, hievor.

¹³¹ Ein besonders eindrückliches Beispiel ist das Dringlichkeitsregime der Bundesversammlung in den dreißiger Jahren; vgl. darüber *Giacometti*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, 45 ff.

¹³² ZSR n. F. 56, 169.

¹³⁴ Bbl. 1933 II 285.

¹³³ A. a. O., 193.

¹³⁵ A. a. O., 201.

im Widerspruch mit Ratio der demokratischen Organisation überhaupt¹³⁶ und scheidet deshalb von vornherein für die Begründung der Notrechtssetzungskompetenz aus.

Dagegen bietet die zweite, der fehlende Gemeinwille des Volkes, den interessantesten Aspekt. Wackernagel¹³⁷ stellt hier unter Berufung auf die Antithese von Rousseau die *volonté générale* im Sinne der «Zusammenfassung der in den einzelnen Bürgern lokalisierten Gemeinwillen» der *volonté de tous* im Sinne der «bloßen Addition von Willensäußerungen der Einzelnen, die von Einzel- bzw. von Gruppeninteressen beherrscht sind», gegenüber. Es geht hier m. a. W. um die Frage der staatlichen Integration, ohne die in der Tat kein Staatswesen existieren kann. Eine andere Frage ist aber, ob sich hinsichtlich des Zustandekommens der *volonté générale* mit Bezug auf eine bestimmte Maßnahme überhaupt etwas Sicheres aus- bzw. voraussagen läßt, und ob insbesondere der Träger der Notrechtssetzungskompetenz die geeignete Instanz ist, sich darüber ein sachliches Urteil zu bilden. Geht es hier doch im wesentlichen um die Psychologie der Willensbildung in der Demokratie, d. h. um subjektive Vorgänge, die bestenfalls nachträglich analysiert, aber schwerlich im voraus beurteilt oder nur einigermaßen sicher abgeschätzt werden können. Selbst wenn man annehmen würde, diese Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung stünde mit derjenigen der Kompetenzverteilung in der unmittelbaren Demokratie nicht im Widerspruch¹³⁸, muß man sich doch klar darüber sein, daß sie sich niemals positivieren ließe¹³⁹, da ihr hiefür sämtliche objektiven Momente fehlen. Letzten Endes wird eben auch hier die subjektive Fähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers in Frage gestellt, was sich mit der Idee der unmittelbar demokratischen Rechtssetzung nicht vereinbaren läßt.

Die dritte Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung, der die staatliche Existenz gefährdende Abstimmungskampf, steht mit der zweiten insofern im Zusammenhang, als hier zwar nicht die mangelnde Integration hergestellt, wohl aber eine verhängnisvolle Desintegration verhütet werden soll. Das Argument der Entfesselung politischer Leidenschaften im Abstimmungskampf um eine bestimmte Maßnahme erfreut sich bei den Behörden einer gewissen Beliebtheit¹⁴⁰; es genügt aber in keiner Weise, um eine Ver-

¹³⁶ Vgl. Ziff. I hievor.

¹³⁸ Vgl. Ziff. I hievor.

¹³⁷ A. a. O., 197.

¹³⁹ Vgl. dazu § 6 hienach.

¹⁴⁰ Dafür zeugen die in Anm. 98 erwähnten Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft vom 22. Januar 1948 über die verfassungsmäßige Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes (Bbl. 1948 I 319).

schiebung der Rechtssetzungskompetenzen zu rechtfertigen. Würde nämlich der Abstimmungskampf um eine bestimmte Maßnahme zu staatsgefährlichen Auseinandersetzungen führen, so ist nicht einzusehen, wieso die Durchführung der gleichen, im Wege der Notrechtssetzung eingeführten Maßnahme nicht ihrerseits Reaktionen rufen könnte, die den Staat noch erheblich mehr gefährden würden als der härteste Abstimmungskampf.

b) Juristisch betrachtet, stellt die Volksabstimmung ein absolut¹⁴¹ oder relativ¹⁴² notwendiges Stadium der unmittelbar demokratischen Rechtssetzung dar¹⁴³. Denn die Stimmberechtigten haben in der Referendumsabstimmung nicht nur mit Nein, sondern auch mit Ja zu stimmen¹⁴⁴. Sie haben mithin eine durchaus positive Aufgabe, die in der Annahme der Vorlage besteht¹⁴⁵, zu erfüllen. Nichtsdestoweniger kommt dem Referendum in Wirklichkeit eine hemmende, ja negative Wirkung zu¹⁴⁶. Und zwar handelt es sich nicht nur um Hemmungen im Sinne zeitlicher Verzögerung, sondern um eine eigentliche Beschränkung der staatlichen Wirksamkeit¹⁴⁷. Dies mag einerseits mit der im allgemeinen eher konservativen Einstellung¹⁴⁸ der Stimmberechtigten¹⁴⁹ zusammenhängen, anderseits und sicher nicht zuletzt aber darauf zurückzuführen sein, daß die Stimmberechtigten eine Vorlage nur tale quale annehmen oder ab-

¹⁴¹ Im Falle des obligatorischen Referendums; vgl. *Giacometti*, StRK, 441 f.

¹⁴² Im Falle des fakultativen Referendums, sofern die Stimmberechtigten davon Gebrauch machen, vgl. *Giacometti*, a. a. O., 442.

¹⁴³ *Giacometti*, a. a. O., 432 f.; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 716, 758 f.

¹⁴⁴ *Giacometti*, a. a. O., 438, Anm. 11.

¹⁴⁵ Diese Aufgabe entfällt naturgemäß beim absoluten Volksveto, d. h. einer Einsprache der absoluten Mehrheit aller Stimmberechtigten, die aber nur mit Nein stimmen können; vgl. *Giacometti*, a. a. O., 438, Anm. 10 und 11.

¹⁴⁶ Wie denn das Referendum überhaupt einen konservativen Zug aufweist; vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 765, und Jacob *Burckhardt*, Weltgeschichtliche Betrachtungen (Ausgabe Hallwag, Bern, 1941) der dasselbe mit Bezug auf die Demokratie als solche feststellt (a. a. O., 300): «Zugleich hatten die Regierenden bei den Ereignissen von 1848 tiefere Blicke in das Volk getan. Louis Napoleon wagte für die Wahlen das *allgemeine Stimmrecht*, und andere ahmten ihm nach; man hatte in den großen Bauernmassen das konservative Element erkannt — freilich ohne dessen mögliche Ausdehnbarkeit von den Wahlen auf all und jedes (Einrichtungen, Steuern usw.) genauer zu erwägen.»

¹⁴⁷ Über die Auswirkungen dieser Beschränkung auf die föderalistische und liberale Sphäre vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 765 f.

¹⁴⁸ Vgl. die vorletzte Anm.

¹⁴⁹ Die im Laufe der Zeit freilich unberechenbaren Wandlungen ausgesetzt ist.

lehnen können¹⁵⁰, m. a. W., daß es in der Demokratie keine Diskussion mit dem Souverän gibt. Wenn man bedenkt, wie sorgfältig z. B. das Verfahren der Differenzenbereinigung im BG vom 9. Oktober 1902 über den Geschäftsverkehr zwischen Nationalrat, Ständerat und Bundesrat¹⁵¹, Art. 5 bis 7, geregelt ist, so scheint es beinahe erstaunlich, daß die parlamentarischen Vorlagen in der Volksabstimmung nicht noch öfters verworfen werden, als dies tatsächlich der Fall ist¹⁵². Denn im Referendumsverfahren fehlt die Möglichkeit der Differenzbereinigung¹⁵³; eine einzige unpopuläre Bestimmung kann mithin das gesamte Gesetz zu Fall bringen. Viel wichtiger im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch der Umstand, daß ein negatives Abstimmungsresultat keineswegs immer eindeutig ist, d. h. auf sicher bestimmbare Motive zurückgeführt werden kann¹⁵⁴. Diese Ungewißheit wirkt sich bei der Ablehnung von Maßnahmen, die der Abwehr einer Notlage dienen sollten, besonders verhängnisvoll aus. Denn hier stellt sich die Frage, ob das mehrheitliche Nein der Stimmenden auf die Überzeugung zurückzuführen ist, es liege kein Notstand vor, der die vorgeschlagene Maßnahme rechtfertige, oder ob die Vorlage verworfen wird, weil sie den Stimmberechtigten als zur Abwehr der Notlage aus irgendeinem Grunde nicht geeignet, z. B. als zu wenig wirksam oder im Gegenteil als zu weitgehend erscheint¹⁵⁵.

Die negativen Züge des Referendums, insbesondere die mangelnde

¹⁵⁰ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz, der praktisch eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt, macht Art. 30, Abs. 3, der zürcherischen Kantonsverfassung, der bestimmt: «Der Kantonsrat ist ermächtigt, bei der Vorlage eines Gesetzes oder Beschlusses neben der Abstimmung über das Ganze ausnahmsweise auch eine solche über einzelne Punkte anzuordnen.» Über ähnliche Bestimmungen in den Verfassungen anderer Kantone vgl. *Giacometti*, a. a. O., 433, Anm. 71.

¹⁵¹ BS 1, 245.

¹⁵² Beim fakultativen Referendum kann dieser Umstand damit erklärt werden, daß die Stellung des Referendumsbegehrens im Bunde eine nicht unbedeutende Organisation erfordert und deshalb mit beträchtlichen, wenn auch nicht übermäßigen Kosten verbunden ist; vgl. *Marti*, Dringlichkeit und Notrecht, 194. Das mag der Hauptgrund dafür sein, daß nur gegen ungefähr 10 Prozent aller Gesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse das Referendum ergriffen wird; vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 763.

¹⁵³ Sofern nicht die in Anm. 150 erwähnte Ausnahme besteht.

¹⁵⁴ Ein typisches Beispiel bietet die Abstimmung^a von Volk und Ständen vom 4. Juni 1950, in der der BB über die verfassungsmäßige Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes verworfen wurde, ohne daß sichere Anhaltspunkte darüber bestünden, welche Bestimmungen eigentlich das Schicksal der Vorlage besiegelten.

¹⁵⁵ Vgl. Bbl. 1937 III 20.

Eindeutigkeit der ablehnenden Volksentscheide¹⁵⁶ stellen typische formale Schwächen der unmittelbaren Demokratie dar, und man kann sich füglich fragen, ob nicht auch darin eine Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung zu erblicken wäre. Dabei ist freilich zu beachten, daß sich eine Kompetenzverschiebung nur dann rechtfertigen ließe, wenn auch die Stimmberechtigten vom Bestehen einer Notlage überzeugt sind, nicht aber, wenn gerade in diesem Punkt eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Parlament und der Mehrheit der Stimmbürger besteht. Herrscht jedoch Einigkeit darüber, daß etwas unternommen werden muß, und gehen die Meinungen lediglich darüber auseinander, welche Maßnahme getroffen werden soll, so scheint es in der Tat wenig sinnvoll, diese Differenz im schwerfälligen Referendumsverfahren zu bereinigen. Dazu würde im allgemeinen auch die Zeit nicht ausreichen; im Gegenteil: eine negative Referendumsabstimmung kann geradezu die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung provozieren.

Abschließend kann folgendes gesagt werden:

Sind alle an der Gesetzgebung beteiligten Organe¹⁵⁷ übereinstimmend der Meinung, ein bestimmter Notstand erfordere Abwehrmaßnahmen, und könnte diese Meinung in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt werden, so wäre eine Kompetenzverschiebung selbst dann gerechtfertigt, wenn sie nicht aus zeitlichen, sondern aus sachlichen Gründen erfolgt. Denn es sollte richtigerweise vermieden werden, unter solchen Umständen die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung, die im Falle einer effektiven Notlage sich früher oder später einstellen wird, durch ein schwerfälliges Rechtssetzungsverfahren künstlich hervorzurufen. Da es aber nicht möglich ist, die allgemeine Überzeugung vom Bestehen einer Notlage in rechtlich verbindlicher Weise festzuhalten¹⁵⁸, kann diese Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung auch nicht positiviert werden. Es bleibt daher, will man den verfassungsmäßigen Boden nicht verlassen, nichts anderes übrig, als das ordentliche Rechtssetzungs-

¹⁵⁶ Die ja auch die gleiche Funktion erfüllt wie das absolute Volksveto, bei dem die Stimmberechtigten nur mit Nein stimmen können und somit von jeder positiven Mitwirkung an der Gesetzgebung ausgeschlossen sind; vgl. *Giacometti*, a. a. O., 438, Anm. 11, a. E.

¹⁵⁷ Die ihrerseits Teilorgane eines Kollektivorgans, des Gesetzgebers, bilden; vgl. § 3, Abs. 1, hievor.

¹⁵⁸ Es sei denn, man wollte eine Abstimmung darüber veranstalten, ob eine Notlage bestehe oder nicht. Eine derartige Abstimmung hätte aber wohl nur dann einen Sinn, wenn mit der Bejahung der Frage zugleich eine Vollmachterteilung an den Träger der Notrechtssetzungskompetenz verbunden würde.

verfahren durchzuführen mit dem Risiko, daß sich nachträglich doch noch eine Verschiebung der Rechtssetzungskompetenzen, diesmal aber wegen zeitlicher Dringlichkeit, als notwendig erweisen könnte¹⁵⁹.

§ 6. Der Zusammenhang zwischen rechtlicher Grundlage und Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung

I. In einer *lückenlosen Rechtsordnung* müßten *sämtliche Rationes* der notrechtlichen Kompetenzverschiebung, die für die betreffende staatliche Organisation in Frage kommen können, *positiviert* erscheinen¹⁶⁰. Diesem Postulat ist Genüge geleistet, wenn der verfassungsmäßige Normenkomplex über die Notrechtssetzung die Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz vorsieht, wann immer und in welchem Umfange sie notwendig und gerechtfertigt sein mag. Allgemeingültiges läßt sich darüber freilich nicht aussagen; hiezu bedarf es vielmehr einer eingehenden Untersuchung in jedem einzelnen Fall, d. h. jeder konkreten staatlichen Organisation. Je kürzer und konzentrierter das ordentliche Rechtssetzungsverfahren ist, desto weniger Gründe für eine notrechtliche Kompetenzverschiebung kommen in Frage. In Staaten, in denen ein einziges oberstes Staatsorgan alle staatlichen Funktionen in sich vereinigt, können die Gründe für eine notrechtliche Kompetenzverschiebung auch völlig fehlen, da, wie bereits erwähnt¹⁶¹, hiezu gar keine Möglichkeit bestünde. Je komplizierter anderseits das Rechtssetzungsverfahren ist, je mehr Stadien es aufweist und je größer die Zahl der am Verfahren beteiligten Organe¹⁶² ist, desto zahlreicher und differenzierter werden die Möglichkeiten und die Gründe, die für eine Verschiebung der Rechtssetzungskompetenzen sprechen, desto schwieriger wird aber auch die Aufgabe, die Notrechtssetzungskompetenz verfassungsrechtlich zu regeln.

II. Im Falle der absoluten Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers läßt sich *die Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz m. E. allerdings auch ohne positivrechtliche Regelung in der Verfassung juristisch begründen*. Geht man nämlich davon aus, daß die Normen über die Rechtserzeugung, d. h. über die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung, die Verfassung im absolut

¹⁵⁹ Sofern die Verfassung eine Kompetenzverschiebung wegen zeitlicher Dringlichkeit der Rechtssetzung vorsieht.

¹⁶⁰ Vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 790.

¹⁶¹ § 2 hievor.

¹⁶² Die in ihrer Gesamtheit das zusammengesetzte Rechtssetzungsorgan bilden.

materiellen Sinne darstellen¹⁶³, so bedeutet die absolute Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers, daß der Norminhalt der Verfassung nicht mehr verwirklicht werden kann. Das käme aber der Vernichtung der staatlichen Existenz gleich¹⁶⁴. Übernimmt in einem derartigen Fall ein anderes staatliches Organ, das funktionsfähig ist, die Rolle des Gesetzgebers, bleibt m.a.W. der Staat in historisch-soziologischer Sicht bestehen, so tritt an Stelle der ordentlichen Verfassung, deren Normvorstellungen nicht mehr vollzogen werden können, eine außerordentliche Verfassung im absolut materiellen Sinne¹⁶⁵. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese außerordentliche Verfassung in irgendeiner Weise verkündet oder auch nur schriftlich fixiert ist¹⁶⁶. Ein derartiger Verfassungswechsel, der ja voraussetzungsgemäß nicht im ordentlichen Verfahren der Verfassungsrevision erfolgen kann¹⁶⁷, sieht freilich einem revolutionären Akt sehr ähnlich. Jedoch besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen notrechtlichem und revolutionärem Verfassungswechsel darin, daß im Falle der Notrechtssetzung der neue Gesetzgeber seine Funktion bloß treuhänderisch für den funktionsunfähigen Gesetzgeber ausübt, wogegen im Falle der Revolution ein endgültiger Wechsel in der Ausübung der Rechtssetzungskompetenz beabsichtigt wird. Die ordentliche Verfassung wird somit nicht wie im Falle der Revolution durch eine neue ordentliche Verfassung, sondern durch eine außerordentliche ersetzt, die ihrerseits der ursprünglichen Verfassung zu weichen hat, sobald deren Norminhalt wieder verwirklicht werden kann.

Was die Rechtmäßigkeit des auf Grund der außerordentlichen Verfassung gesetzten Notrechts anbelangt, so kann sie so wenig an der ordentlichen Verfassung gemessen werden wie diejenige des auf Grund einer revolutionären Verfassung gesetzten ordentlichen Rechtes, da in beiden Fällen die ordentliche Verfassung als Maßstab außer Betracht fällt. Daher spielt es im Falle der absoluten Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers für die Legalität des

¹⁶³ *Giacometti*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1; *ders.*, StRK, 17; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 21.

¹⁶⁴ Vgl. *Töndury*, a. a. O., 149.

¹⁶⁵ Denn ohne Verfassung im absolut materiellen Sinne ist keine menschliche Gesellschaft, die als Staat bezeichnet werden könnte, denkbar; vgl. *Burckhardt*, Methode, 133, Anm. 3.

¹⁶⁶ Im allgemeinen wird das Organ, das die Funktion des Gesetzgebers übernimmt, eine Proklamation erlassen, die als Ersatz einer formellen Verfassungsurkunde betrachtet werden kann.

¹⁶⁷ Da der ordentliche Verfassungsgesetzgeber nicht funktionsfähig ist.

Notrechtes keine Rolle, ob in der ordentlichen Verfassung Normen über die Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz enthalten sind oder nicht. Ja, es scheint darüber hinaus möglich, daß der von der Verfassung eingesetzte Träger der Notrechtskompetenz selber funktionsunfähig wird, so daß außer der verfassungsmäßigen Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz eine weitere auf ein noch funktionsfähiges Organ erfolgen muß¹⁶⁸.

III. Eine völlig andere Situation mit Bezug auf die rechtliche Begründung der Notrechtssetzungskompetenz ergibt sich im Falle der relativen Funktionsunfähigkeit des Gesetzgebers. Denn hier besteht die *ordentliche Verfassung als Maßstab der Kompetenzmäßigkeit der Notrechtssetzung*. Notrecht, das nicht auf Grund einer verfassungsmäßigen Kompetenz erlassen wird, muß deshalb als illegal bezeichnet werden¹⁶⁹.

Soweit bestehende staatliche Verfassungen überhaupt eine notrechtliche Kompetenzverschiebung, ein Notverordnungsrecht vorsehen¹⁷⁰, findet sich beinahe ausschließlich die Ratio der zeitlichen Dringlichkeit der Rechtssetzung positiviert. D. h., daß die notrechtliche Kompetenzverschiebung nach der Verfassung nur zugelassen ist, wenn die Rechtssetzung zeitlich dringlich erscheint. Die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung bildet somit eine Schranke der Notrechtssetzungskompetenz, die freilich nur dann effektiv wirksam werden kann, wenn die verfassungsmäßige Ausübung der Notrechtskompetenz von einer unabhängigen Instanz kontrolliert wird¹⁷¹.

Angesichts der Mängel, welche dem Begriff der zeitlichen Dringlichkeit anhaften¹⁷², ist es klar, daß eine ausschließlich auf der zeitlichen Dringlichkeit der Rechtssetzung aufgebaute Regelung der Notrechtssetzung ganz ungenügend ist und den rechtsstaat-

¹⁶⁸ Vgl. dazu auch die Ausführungen in § 29 hienach.

¹⁶⁹ Vgl. *Giacometti*, Vollmachtenregime, 39ff.

¹⁷⁰ Art. 89, Abs. 3 BV, jetzt Art. 89^{bis} BV; über die Notrechtssetzungskompetenzen in den kantonalen Verfassungen vgl. *Giacometti*, StRK, 513ff., insbesondere die Aufzählung a. a. O., 514, Anm. 32 bis 34. Vgl. ferner über das Notverordnungsrecht in den deutschen konstitutionellen Monarchien des 19. Jahrhunderts und in der Weimarer Verfassung *Töndury*, a. a. O., 42ff. bzw. 81ff.

¹⁷¹ Dies ist z. B. der Fall mit Bezug auf die kantonalen Verfassungen, die, abgesehen von allfälligen kantonalen richterlichen Garantien, durch das Bundesgericht geschützt werden. Dagegen wird ein entsprechender Schutz der Bundesverfassung durch Art. 113, Abs. 3 BV ausdrücklich ausgeschlossen; vgl. *Giacometti*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 85f.

¹⁷² Vgl. § 5, II, 2, hievor.

lichen Anforderungen in keiner Weise zu entsprechen vermag. Dazu kommt noch, daß die Notrechtssetzungskompetenz vielfach auf die Gesetzesstufe beschränkt ist¹⁷³, was zu einer weiteren Lücke in dieser wichtigen Kompetenzordnung führt. Es kann deshalb nicht verwundern, wenn sich die Praxis der Notrechtssetzung, vor allem dort, wo eine richterliche Kontrolle fehlt, durch ganz besondere Grundsatzlosigkeit auszeichnet¹⁷⁴.

IV. Die Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung kann auch für die *Auslegung* positivrechtlicher Vorschriften über die Notrechtssetzungskompetenz herangezogen werden. Auslegungsbedürftig in diesem Sinne scheint insbesondere der auch im ehemaligen Art. 89 BV¹⁷⁵ verwendete Begriff der «Dringlichkeit». Da die Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung mit derjenigen der ursprünglichen Kompetenzverteilung nicht im Widerspruch stehen darf¹⁷⁶, konnte der Ausschluß des Referendums gestützt auf Art. 89, Abs. 2, BV nur im Falle zeitlicher, nicht aber bloß sachlicher Dringlichkeit der Rechtssetzung erfolgen. Die Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung hat hier also zur restriktiven Interpretation der Kompetenzbestimmung geführt¹⁷⁷. Dagegen vermag die Ratio niemals das fehlende verfassungsrechtliche Fundament der notrechtlichen Kompetenzverschiebung zu ersetzen.

¹⁷³ So fast durchwegs in den kantonalen Verfassungen; vgl. *Giacometti*, StRK, 514. Ebenso, bis zur Annahme von Art. 89^{bis} BV, in der Bundesverfassung.

¹⁷⁴ Dies wird mit Bezug auf die Notrechtssetzungspraxis der Bundesversammlung insbesondere von *Giacometti* (vgl. die in Anm. 1 zitierten Werke) immer wieder betont.

¹⁷⁵ Abs. 2 lautete in der Fassung von 1874: „Bundesgesetze sowie allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von acht Kantonen verlangt wird.“

¹⁷⁶ Vgl. § 5, I, hievor.

¹⁷⁷ Diese Auslegung wurde durch die Revision des Art. 89 vom 22. Januar 1939 ausdrücklich bestätigt: «Allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, können ... als dringlich erklärt werden.»

Das Notrecht im materiellen Sinne

(Versuch einer materiellen Bestimmung der Notrechts-
setzungskompetenz)

§ 7. Vorbemerkungen, Problemstellung

In den vorangegangenen Ausführungen ist die Notrechtssetzungskompetenz einer rein formalen Betrachtung unterzogen worden. Dabei wurde dargetan¹⁷⁸, daß die Normen über die Notrechtssetzung ihrem Wesen nach eine Verschiebung verfassungsmäßiger Kompetenzgrenzen zwischen einfachem Gesetzgeber bzw. Verfassungsgesetzgeber einerseits und dem Notgesetzgeber anderseits darstellen würden, sofern die Notrechtssetzungskompetenz mit der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz materiell identisch sei.

Will man das Wesen der Notrechtssetzung einer umfassenden Prüfung unterziehen, so kann man sich nicht damit begnügen, die Notrechtssetzung inhaltlich mit der ordentlichen Rechtssetzung zu identifizieren. Vielmehr muß der *Inhalt der Notrechtssetzungskompetenz in sachlicher und formaler Hinsicht* untersucht werden.

I. Stellt man die Notrechtssetzungskompetenz *sachlich* der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz gleich, so bedeutet das, daß der Notgesetzgeber, sofern die formalen Voraussetzungen der notrechtlichen Kompetenzverschiebung gegeben sind, in Ausübung seiner Kompetenz die gleiche Ermessensfreiheit besitzt wie der einfache Gesetzgeber oder der Verfassungsgesetzgeber.

Diese Ermessensfreiheit geht freilich sehr weit — im Falle der Notrechtssetzung auf der Verfassungsstufe sogar so weit, daß es fraglich erscheint, ob die materiell mit der Kompetenz des Verfassungsgesetzgebers identische Kompetenz zur Notrechtssetzung überhaupt noch als Zuständigkeit bezeichnet werden kann¹⁷⁹. Es ist daher begreiflich, daß sämtliche Autoren, die sich mit dem Problem der Notrechtssetzung befassen, sich um eine Einschränkung dieser außerordentlich umfassenden Ermessensfreiheit bemühen¹⁸⁰.

Dies gilt vor allem auch für Autoren, die das wesentliche Merk-

¹⁷⁸ Vgl. Abschnitt 1, Ingeß, hievor.

¹⁷⁹ Diese Frage wird verneint von *Imboden*, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss. Zürich 1940, 5/6, dagegen bejaht von *Kägi*, Verfassung, 100, der die Auffassung vertritt, daß auch die sog. «Kompetenz-Kompetenz», sofern sie eine verfassungsmäßige Zuständigkeit bezeichnen wolle, notwendigerweise eine irgendwie begrenzte sein müsse.

¹⁸⁰ Vgl. die Zusammenstellung der Äußerungen verschiedener Autoren bei *Töndury*, a. a. O., 138ff.

mal des Staatsnotstandes in der zeitlichen Dringlichkeit der Rechtssetzung erblicken, die m.a.W. das Hauptgewicht auf die formale Seite der Notrechtssetzung legen.

So hält *Giacometti* stets daran fest¹⁸¹, daß der staatliche Notstand¹⁸² nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv, d. h. dem Dritten erkennbar bestehen müsse.

*Töndury*¹⁸³ betont das Erfordernis, den von ihm gewonnenen juristischen Staatsnotstandsbegriff zu präzisieren, den Dringlichkeitsbereich abzugrenzen. Allein, bei diesem Versuche — der übrigens in der Feststellung gipfelt, daß es letzten Endes dem Ermessen des Notrechtsträgers überlassen bleiben müsse, festzustellen, eine wie große Notlage, eine wie starke militärische Gefährdung der Bevölkerung die zeitliche Dringlichkeit der Verfassungsgesetzgebung bewirke¹⁸⁴ — trägt *Töndury* dasselbe politische Element in seinen Staatsnotstandsbegriff hinein, dessen Überwiegen in den Notstandsbegriffen der von ihm zitierten Autoren und der konstitutionellen Monarchien er rügt¹⁸⁵.

Die sachliche Einschränkung der Notrechtssetzungskompetenz gegenüber der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz wird in all diesen Fällen unter finalen Gesichtspunkten postuliert. Es erscheint eben unerträglich, daß die Notrechtssetzung, die doch, wie schon ihr Name besagt, der Bekämpfung von staatlichen Notlagen dienen sollte, vom Notgesetzgeber zur Verfolgung von Zielen mißbraucht werden könnte, die mit der Abwehr eines Staatsnotstandes nichts zu tun haben. Eine andere Frage ist aber, ob das Ermessen des Notgesetzgebers wirksam, d. h. positiv-rechtlich¹⁸⁶ eingeschränkt werden kann¹⁸⁷.

¹⁸¹ Rechtsverordnungsrecht, 370; StRK, 510; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 782.

¹⁸² Der die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung provoziert.

¹⁸³ A. a. O., 168 ff.

¹⁸⁴ A. a. O., 178.

¹⁸⁵ A. a. O., 144 f. Der Unterschied zwischen dem von *Töndury* konstruierten Notstandsbegriff und demjenigen der von ihm kritisierten Autoren, soweit diese ihrerseits die Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers als Voraussetzung der Notrechtssetzung betrachten (a. a. O., 143 f.), ist somit ein bloß relativer: Diese stellen die finale Betrachtungsweise, den Zweck der Notrechtssetzung in den Vordergrund, während *Töndury* das kausale Moment, die Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers als wesentliches, aber eben auch nicht als einziges Merkmal des Staatsnotstandsbegriffes ansieht.

¹⁸⁶ Durch eine entsprechende Verfassungsbestimmung.

¹⁸⁷ Wobei die Kontrolle darüber, ob diese Schranken auch effektiv eingehalten werden, einer vom Notgesetzgeber unabhängigen Instanz (Verfassungsgerichtshof) übertragen werden müßte, wenn die Verfassung wirksam geschützt werden soll.

Solange es sich nur darum handelt, einem staatlichen Organ Rechtssetzungskompetenzen zur Abwehr einer bestimmten Notlage im Einzelfalle einzuräumen, sollte eine sachliche Beschränkung dieser Kompetenzen nicht ausgeschlossen sein. Die Rechtswirklichkeit zeigt indessen ein anderes Bild. So wurde dem Bundesrat in Art. 3 des BB über Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität, vom 30. August 1939¹⁸⁸, Vollmacht und Auftrag erteilt, die «zur Behauptung der Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, zur Wahrung des Kredites und der wirtschaftlichen Interessen des Landes und zur Sicherung des Lebensunterhaltes erforderlichen Maßnahmen» zu treffen. Hierin kann zwar eine Beschränkung des Vollmachtenbereiches auf bestimmte Sachgebiete erblickt werden¹⁸⁹. Die allgemein gehaltene und wenig präzise Umschreibung dieser Sachgebiete¹⁹⁰ läßt jedoch, wie *Giacometti*¹⁹¹ bemerkt, dem Bundesrat im Bereiche der Vollmachten ein sehr weites Feld freien Ermessens. Dieses Ermessen wird auch dadurch nicht wesentlich beschränkt, daß der Bundesrat im Rahmen des Vollmachtenbereiches nur die «erforderlichen» Maßnahmen treffen darf. Denn selbst wenn man mit *Giacometti* dieses «erforderlich» in drei bestimmte Bedingungen, nämlich die Kriegsbedingtheit, die zeitliche Dringlichkeit und die Verhältnismäßigkeit der zu treffenden Maßnahmen auflöst¹⁹², wird man, insbesondere was die Kriegsbedingtheit und die Verhältnismäßigkeit anbelangt, stets auf neue Ermessensbegriffe stoßen. Die Bedingung der zeitlichen Dringlichkeit, die praktisch als einzige objektive Schranke des freien Ermessens übrigbleibt, braucht m. E. nicht aus dem Begriff der «erforderlichen Maßnahmen» abgeleitet zu werden. Als Ratio der notrechtlichen Kompetenzverschiebung¹⁹³ im Sinne der relativen Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers bildet sie¹⁹⁴ wie für jede Notrechtssetzung, so auch für den Gebrauch der Vollmachten eine wesensmäßige, aber rein formale Voraussetzung. Zusammenfassend kann somit fest-

¹⁸⁸ AS 55, 769; ähnlich schon Art. 3 des gleichnamigen BB vom 3. August 1914, AS 30, 347.

¹⁸⁹ *Giacometti*, Vollmachtenregime, 27.

¹⁹⁰ Die damit zusammenhängt, daß die Vollmachten der Abwehr eines virtuell totalen Notstandes gedient haben.

¹⁹¹ A. a. O., 27.

¹⁹² A. a. O., 28 f.

¹⁹³ Vgl. § 5, II, 2, hievor.

¹⁹⁴ Zusammen mit den übrigen Fällen absoluter und relativer Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers; vgl. § 5, II, hievor.

gestellt werden, daß das Ermessen des Bundesrates durch den Vollmachtenbeschluß sachlich nicht wirksam eingeschränkt worden ist.

Bietet jedoch die sachliche Ermessenseinschränkung bereits bei der Kompetenzverschiebung zwecks Abwehr einer bestimmten Notlage Schwierigkeiten, so scheint es vollends ausgeschlossen, sie im Rahmen einer abstrakten Regelung, wie sie z. B. ein verfassungsmäßiger Artikel über die Kompetenz zur Notrechtssetzung enthalten müßte, zu gestalten. Man wird hier eben stets auf das Dilemma stoßen, entweder den sachlichen Bereich der Notrechtssetzung so weit umschreiben zu müssen, daß, wie *Pestalozzi*¹⁹⁵ es ausdrückt, die Umschreibung ebensogut weggelassen werden könnte, oder aber eine Kompetenzbestimmung zu schaffen, die den tatsächlichen Gegebenheiten nicht Genüge zu leisten vermag, weil sie zu eng gefaßt ist¹⁹⁶. Eine Lösung, die es erlauben würde, dieses Dilemma zu überwinden, könnte nur gefunden werden, wenn es gelänge, den Staatsnotstands begriff materiell zu objektivieren, d. h. gesetzlich so zu umschreiben, daß dem freien Ermessen des Notgesetzgebers praktisch kein Raum mehr gegeben ist. Diese Aufgabe scheint jedoch unlösbar¹⁹⁷. Unbeschadet darum, ob man die Notrechtssetzung nur im Falle eines objektiven staatlichen Notstandes¹⁹⁸, einer potenzierten Notwendigkeit der Rechtssetzung¹⁹⁹, einer unmittelbaren Gefahr für die Existenz des Staates infolge des Eintrittes regelmäßig unvorhergesehener Ereignisse, welche den Staat in eine bedrängte Lage versetzen²⁰⁰, einer wirklichen und ersten Gefahr für den Staat oder das Volk²⁰¹ oder ganz schwerer Katastrophen für die Bevölkerung²⁰² zulassen will, wird die Umschreibung und Feststellung der abzuwehrenden Gefahr stets dem aus-

¹⁹⁵ A. a. O., 9f.

¹⁹⁶ Vgl. *Pestalozzi*, a. a. O., 23; *Wackernagel*, a. a. O., 182f.; *Reber*, Das Notrecht des Staates, 94ff.; Bbl. 1939 I 547.

¹⁹⁷ A. M. *Pestalozzi*, a. a. O., 85.

¹⁹⁸ *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht, 370; StRK, 510; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 782.

¹⁹⁹ *Pestalozzi*, a. a. O., 10; *Schindler*, Notrecht und Dringlichkeit, 15, der freilich in diesem Falle auf das formelle Erfordernis der zeitlichen Dringlichkeit verzichten zu können glaubt.

²⁰⁰ *Franz Meier*, Der Notstand des Staates, 29.

²⁰¹ *Bluntschli*, Allg. Staatsrecht, 6. A. 1885, 245; v. *Waldkirch*, a. a. O., 7; *Hoerni*, De l'état de nécessité, 12.

²⁰² *Töndury*, a. a. O., 173; vgl. ferner a. a. O., 175: «Vielmehr ist Grund zur zeitlichen Dringlichkeit nur eine akute Gefahr für die Menschen, die plötzlich aktuell wird, und deren Bekämpfung mit keinem ordentlichen Mittel mehr möglich ist.»

schließlichen Ermessen des Trägers der Notrechtssetzungskompetenz anheimgestellt²⁰³. In sachlicher Hinsicht erscheint somit der Inhalt der Notrechtssetzungskompetenz identisch mit dem Inhalt der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz.

II. In *formaler Hinsicht* kann der Inhalt der Notrechtssetzungskompetenz, wie schon ihr Name besagt, nur im Erlaß von Rechtsätzen im Sinne genereller abstrakter Normen bestehen. Dasselbe gilt aber auch für den Inhalt der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz, so daß insoweit zwischen ordentlicher und Notrechtssetzung Identität zu bestehen scheint. Der Prüfung dieser Annahme, der der folgende Paragraph gewidmet ist, sollen einige das theoretisch mögliche Verhältnis von ordentlicher und Notrechtssetzungskompetenz im materiellen Sinne betreffende Erörterungen vorausgeschickt werden.

Mit Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Inhalt der ordent-

²⁰³ Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß der Zweck der Notrechtssetzung, die Abwehr eines bestehenden oder drohenden Staatsnotstandes, bei der positivrechtlichen Regelung der Notrechtssetzungskompetenz in irgendeiner Weise umschrieben wird. Jedoch kommt dieser Umschreibung analog derjenigen der Bundeszwecke in Art. 2 BV nicht die Bedeutung eines Rechtssatzes, sondern einer bloßen «Zielformel» (Kägi) zu, aus der weder ordentliche noch notrechtliche Rechtssetzungskompetenzen abgeleitet werden können. Insofern man in der Verfassung ein System von Grundwerten bzw. von Wertvorstellungen erblickt, erscheinen derartige «Zielformeln» freilich in einem ganz andern Licht. So stellt *Schindler* (a. a. O., 8f.) mit Bezug auf die in Art. 2 BV enthaltene Zweckbestimmung fest: «Aber dieser Zweck bildet doch den obersten Wert, dem alle einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind; er bildet sozusagen den perspektivischen Punkt, auf den diese konvergieren. Es kann somit nicht der Sinn der Einzelbestimmungen sein, auch dann durchgeführt zu werden, wenn ihre Anwendung jenem obersten Zweck offensichtlich widerspricht, ja seine Erreichung verunmöglicht. *Der in BV Art. 2 angegebene Zweck des Bundes schafft zwar keine Kompetenzen, aber er schränkt den Anwendungsbereich der Einzelnormen der Bundesverfassung im angegebenen Sinne ein.*» Diese Ausführungen zeigen, daß die in Art. 2 BV enthaltenen Zweckbestimmungen rechtlich doch nicht so bedeutungslos sind, wie dies die herrschende Lehre wahrhaben will. Besonders wertvoll erscheint dabei der Gedanke, daß Art. 2 BV den Anwendungsbereich der Einzelnormen der BV einschränke: denn diese Einschränkung kann sich nicht nur auf das freie Ermessen des Gesetzgebers, sondern auch auf dasjenige des Verfassungsgesetzgebers (Anwendung der Normen über die Revision der BV) beziehen, das im allgemeinen als schrankenlos betrachtet wird. In diesem Sinne gilt Art. 2 BV auch für die Notrechtssetzung, die ihrer Idee nach ja gerade der Rettung des in der Verfassung verkörperten Systems von Wertvorstellungen durch schwierige Zeiten hindurch dienen soll. So betrachtet, vermag auch eine Zweckumschreibung der Notrechtssetzung ihren guten Sinn zu haben.

lichen Rechtssetzungskompetenz und demjenigen der Notrechtssetzungskompetenz ergeben sich grundsätzlich die vier folgenden Möglichkeiten:

1. Die beiden Rechtssetzungskompetenzen sind materiell *identisch*²⁰⁴. Dies hat zur Folge, daß Notrecht ausschließlich vom Notgesetzgeber, ordentliches Recht ausschließlich vom ordentlichen Gesetzgeber erzeugt werden kann. Die Produkte der beiden Rechtssetzungskompetenzen unterscheiden sich einzig durch die Art ihrer Erzeugung, durch das Rechtsetzungsverfahren.

2. Die Notrechtssetzungskompetenz stellt materiell einen *Sonderfall* der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz dar²⁰⁵. Dies würde bedeuten, daß der Notgesetzgeber nicht die volle, sondern lediglich eine beschränkte Rechtssetzungskompetenz besäße, während dem ordentlichen Gesetzgeber das Recht zur Erzeugung materiellen Notrechts²⁰⁶ nach dem Schluß a maiore ad minus auf Grund seiner umfassenden Rechtssetzungskompetenz zustände. Die Unterscheidung zwischen ordentlichem und Notrecht im materiellen Sinne kann hier nur zur Bedeutung gelangen, wenn der Notgesetzgeber in Durchbrechung der ihm auferlegten materiellen Kompetenzschränken ordentliches Recht im materiellen Sinne erzeugt.

3. Die Notrechtssetzungskompetenz bedeutet materiell eine *Erweiterung* der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz. Danach wäre der ordentliche Gesetzgeber grundsätzlich auf die Erzeugung von ordentlichem Recht beschränkt, er könnte aber unter Umständen auch selber als Notgesetzgeber auftreten²⁰⁷, sofern dem von ihm gesetzten Recht die besondern Merkmale des ordentlichen Rechts fehlen.

4. Die Notrechtssetzungskompetenz ist materiell eine Kompetenz *sui generis*. Hier fallen formelle und materielle Notrechtssetzung nur zusammen, wenn das materielle Notrecht im Wege der Notgesetzgebung zustande kommt. Andererseits bleibt vom ordentlichen Gesetzgeber erzeugtes Notrecht stets Notrecht im materiellen Sinne;

²⁰⁴ Soweit die sachliche Seite der beiden Kompetenzinhalte in Frage steht, hat die in Ziff. I hievor unternommene Prüfung zur Bejahung der Identität geführt. Dieser Umstand ist bei den folgenden Erörterungen, die sich ausschließlich mit der formalen Seite der beiden Kompetenzinhalte befassen, wohl zu beachten.

²⁰⁵ Vgl. *Marti*, Verordnungsrecht, 132.

²⁰⁶ Das seinerseits identisch ist mit einer der möglichen (aber nicht mit allen) Formen des ordentlichen Rechts.

²⁰⁷ Ob er dies darf, hängt von der positivrechtlichen Umschreibung der Rechtssetzungskompetenz des ordentlichen Gesetzgebers in der Verfassung ab.

die Notgesetzgebung ist mithin nicht die einzige denkbare Quelle materiellen Notrechts²⁰⁸. Es ist ferner denkbar, daß ordentliches Recht im materiellen Sinne auch vom Notgesetzgeber erzeugt werden könnte, sofern nämlich die Verfassung eine entsprechende Kompetenzverteilung vorsähe²⁰⁹.

§ 8. Die wesentliche Besonderheit des Notrechts

Im vorhergehenden Paragraphen ist dargelegt worden, daß ordentliches und Notrecht sachlich identisch seien²¹⁰ und daß diese Identität auch in formaler Hinsicht zu bestehen scheine²¹¹. Will man demgegenüber nachweisen, daß das Notrecht mit dem ordentlichen Recht nicht identisch sei, so muß ein besonderes Merkmal gefunden werden, das allen generellen abstrakten Normen des Notrechts eigen ist. Fehlt dieses Merkmal den Normen des ordentlichen Rechts durchwegs, so kann daraus geschlossen werden, daß das Notrecht aus Normen *sui generis* bestehe²¹². Kann das den notrechtlichen Normen gemeinsame Merkmal dagegen auch einzelnen Normen des ordentlichen Rechts zukommen²¹³, so stellen jene lediglich eine Unterart von diesen dar²¹⁴.

I. Als besonderes Merkmal in diesem Sinne dürfte wohl einzig *die begrenzte Dauer, der transitorische*²¹⁵ *Charakter der notrechtlichen*

²⁰⁸ Während in den unter Ziff. 1 und 2 hievor erwähnten Fällen der ordentliche Gesetzgeber per definitionem nur ordentliches Recht setzen kann, die Erzeugung materiellen Notrechts dagegen ausschließlich dem Notgesetzgeber vorbehalten ist.

²⁰⁹ Eine derartige Kompetenzzuweisung dürfte in der Rechtswirklichkeit freilich kaum vorkommen, da sonst das ordentliche Rechtssetzungsverfahren gegenüber der vereinfachten und mit weniger Kautelen ausgestatteten Notgesetzgebung seine Bedeutung sehr bald einbüßen müßte. In umgekehrter Richtung besteht dieses Bedenken selbstverständlich nicht, so daß die Kompetenz zur Erzeugung von Notrecht im materiellen Sinne ohne weiteres durch die Verfassung neben dem Notgesetzgeber auch dem ordentlichen Gesetzgeber verliehen werden kann.

²¹⁰ Vgl. § 7, I, hievor.

²¹¹ Vgl. § 7, II, Unger, hievor.

²¹² Vgl. § 7, II, 4, hievor.

²¹³ Das Merkmal darf selbstverständlich für die ordentlichen Rechtsnormen lediglich fakultativ sein, da es sonst für die Unterscheidung zwischen Notrecht und ordentlichem Recht untauglich wäre.

²¹⁴ Vgl. § 7, II, 2, hievor.

²¹⁵ In der Literatur wird fast durchwegs an Stelle des in dieser Abhandlung konsequent verwendeten Ausdruckes «transitorisch» der Ausdruck «provisorisch» verwendet. M. E. sollten aber nur solche Normen als provisorisch bezeichnet werden, die ihrem Inhalt nach auf die Dauer berechnet sind, deren Form dagegen nicht endgültig ist, sondern nach dem Ablauf

Normen in Frage kommen. Daß das Notrecht nur vorübergehender Natur sein kann, wird von sämtlichen Autoren, die sich mit diesem Problem befassen, entweder ausdrücklich betont²¹⁶ oder mindestens stillschweigend vorausgesetzt. Ausgangspunkt ist die Überlegung, daß es sich beim Staatsnotstand um einen Ausnahmezustand handle, der früher oder später wieder normalen Verhältnissen Platz machen müsse. Dabei ist zwischen dem formellen und dem materiellen Notstand²¹⁷ zu unterscheiden, deren Dauer nicht immer übereinzustimmen braucht. Vom materiellen Notstand behauptet *Pestalozzi*²¹⁸ freilich, dieser könne ein Dauerzustand sein, d. h. die betreffende Regelung könne sich als dauernd notwendig erweisen.

des Provisoriums in eine definitive umgewandelt werden muß; vgl. auch Bbl. 1915 I 156 und 1939 I 553, wo der Ausdruck «provisorisch» mit der vorsorglichen Beschlagnahme in einem Prozeßverfahren verglichen wird. Die notrechtlichen Normen sind dagegen inhaltlich nur für eine begrenzte Dauer bestimmt. Es würde daher ihrem Wesen keineswegs entsprechen, wenn ihr Inhalt in ordentliches Recht übergeführt wird. Normen, die im Wege der Notrechtssetzung erzeugt worden sind, und deren Inhalt später Gegenstand der ordentlichen Rechtssetzung bildet, sind stets verdächtig, von Anfang an nicht der Abwehr eines staatlichen Notstandes gedient zu haben, m. a. W. gar nicht Notrecht im materiellen Sinne gewesen zu sein. Ausnahmen sind selbstverständlich möglich, dann nämlich, wenn sich eine der Abwehr eines akuten staatlichen Notstandes bestimmte Regelung als derart nützlich und wünschbar erweist, daß sich ihre dauernde Verankerung im ordentlichen Recht rechtfertigt. Im allgemeinen bildet aber — und das darf hier schon einmal gesagt werden — die notrechtliche Ausnahmeregelung ein schlechtes Vorbild für eine dauernde gesetzliche Ordnung. Die große Rolle, die die Überführung des Vollmachtenrechts in die ordentliche Gesetzgebung heute spielt, ist daher sehr zu bedauern und hat auch bereits Folgen gezeitigt — man denke etwa an das in der Volksabstimmung vom 30. März angenommene Landwirtschaftsgesetz (Bbl. 1952 I 762) — die für die Zukunft wenig erfreuliche Perspektiven eröffnen. Vgl. auch *Schindler*, a. a. O., 17f.

²¹⁶ Vgl. etwa *Fleiner/Giacometti*, BStR, 781; *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht, 370; *ders.*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, 51; *ders.*, StRK, 512; *ders.*, Vollmachtenregime, 12f.; *Malézieux*, Les pleins pouvoirs en Suisse, 100f.; *Marti*, Verordnungsrecht, 132; *Pestalozzi*, a. a. O., 10, 15; *Schindler*, a. a. O., 17f.; *Sulzer*, Der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß nach Artikel 89 der schweizerischen Bundesverfassung, 65; ferner den Bericht des Bundesrates vom 17. September 1937 über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, Bbl. 1937 III 5, insbesondere 21: «Noterlasse können, weil sie Maßnahmen für die Zeit des Notstandes sind, nur zeitweilige Geltung haben.»

²¹⁷ Unter formellem Notstand ist die Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers zu verstehen, die zur Verschiebung der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz führt; vgl. § 5 hievor. Der materielle Notstand ist dagegen die Gefahr, deren Abwehr das Notrecht dient.

²¹⁸ A. a. O., 10.

Dagegen sei der formelle Notstand immer nur ein vorübergehender Zustand. Es gebe kein dauerndes Ungenügen des normalen Gesetzgebers, sonst wäre er eben nicht mehr normaler Gesetzgeber. Es erscheint indessen fraglich, ob eine derartige Differenzierung des Notstandsbegriffes noch sinnvoll ist. Könnte nicht vielmehr das Argument, ein dauernd ungenügender, d. h. funktionsunfähiger Gesetzgeber sei kein normaler Gesetzgeber mehr, umgekehrt auf den materiellen Notstand angewendet werden, indem man erklärt, daß ein Dauerzustand, d. h. ein Zustand, der eine dauernde gesetzliche Regelung notwendig macht, kein Notstand sei? Gibt man die Möglichkeit eines dauernden materiellen Notstandes zu, so verzichtet man auf jede Unterscheidung zwischen ordentlicher und Notrechtssetzung im materiellen Sinne. Das Zivilgesetzbuch und das Strafgesetzbuch, ja die Bundesverfassung selber dürften dann mit gleichem Recht als materielle Noterlasse bezeichnet werden wie die Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939; denn ihr Dahinfallen würde zweifellos einen unermeßlichen Notstand bewirken, der nur durch eine neue dauernde gesetzgeberische Regelung beseitigt werden könnte.

Wollte man es unternehmen, das Wesen des Notstandes zu ergründen, einen materiellen Notstandsbegriff zu schaffen, so wird man dies nur unter dem Gesichtspunkt der jeder normativen Verfassung zugrunde liegenden vor- und überstaatlichen Werte²¹⁹ tun können. Diese grundlegenden Werte bilden die Staatsidee, den ewigen Sinngehalt der staatlichen Verfassung, und sind als solche unveränderlich. Sache der Verfassung ist es jedoch, diese Idee mit den veränderlichen Umweltsbedingungen in Einklang zu bringen²²⁰. Dabei kann es vorkommen, daß objektive Notwendigkeiten ein Abgehen von der Verfassung erfordern²²¹, und zwar nicht in dem Sinne, daß Spannungen zwischen Staatsidee und Umweltsbedingungen beseitigt werden müßten²²², sondern derart, daß die in der Staatsidee verkörperten Grundwerte selber tangiert werden. Lediglich Notwendigkeiten dieser Art können aber als Notstand im materiellen Sinne bezeichnet werden. Andererseits fallen Eingriffe in die vor- und überstaatliche Wertordnung nur in Betracht, wenn ohne sie die Erhaltung dieser Wertordnung in Frage gestellt wird. Auf die verfassungsmäßige Ebene projiziert heißt das, um mit Kägi²²³

²¹⁹ Vgl. Kägi, Verfassung, 47.

²²⁰ Schindler, a. a. O., 21.

²²¹ Kägi, a. a. O., 117.

²²² Hiezu bedürfte es einer Verfassungsrevision.

²²³ A. a. O., 100.

zu sprechen, daß «es im Verfassungsstaat gerade oberster Sinn des Ausnahmezustandes bleibt, die Rückkehr zum normalen Verfassungszustand zu ermöglichen». Kägi schlägt in diesem Zusammenhang die überaus prägnante Umschreibung dieser Erscheinung als «teleologische Suspension des Rechtlichen» vor²²⁴.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, kann die Annahme eines dauernden materiellen Notstandes nicht aufrechterhalten werden. Ein «dauernder Notstand» bedeutet nichts anderes, als daß zwischen Staatsidee und Umweltsbedingungen eine Spannung entstanden ist, die im Wege der Verfassungsrevision zum Ausgleich gebracht werden sollte. Wächst diese Spannung unversehens sehr rasch an, so kann sie zur zeitlichen Dringlichkeit der Rechtssetzung führen, m.a.W. einen rein formalen Notstand bewirken²²⁵. In diesem Falle des ausschließlich formalen Notstandes kann es zur *provisorischen* Rechtssetzung kommen²²⁶, denn hier geht es darum, Recht zu schaffen, dessen Inhalt auf die Dauer berechnet ist, dem aber noch nicht die definitive Form gegeben werden kann²²⁷. Notrecht im materiellen Sinne ist dagegen seinem Wesen nach stets *transitorisch*; daran ändert weder seine allfällige Überführung in formell ordentliches Recht noch der Umstand etwas, daß es anstatt vom Notgesetzgeber vom ordentlichen Gesetzgeber erzeugt worden ist²²⁸.

II. Dem transitorischen Charakter des Notrechts im materiellen Sinne entspricht die im Verhältnis zum bestehenden ordentlichen Recht *mangelnde formelle Verfassungs- oder Gesetzeskraft*²²⁹. Das Notrecht vermag mithin bestehende Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen formell weder abzuändern noch aufzuheben, und zwar auch

²²⁴ Vgl. auch *Giacometti*, Verfassungslage, 6: «In solchen Zeiten muß daher der freiheitsliebende Schweizer um der Freiheit willen auf die Freiheit verzichten können; er muß, um die Grundlagen der Freiheit erhalten zu können, zeitweilig der Ausübung der Freiheit entsagen.»

²²⁵ Der seinen Grund in der relativen Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers hat; vgl. § 5, II, 2, hievor.

²²⁶ Es sei denn, der Notgesetzgeber wäre zur Erzeugung unbeschränkt dauernder Rechtsnormen befugt. Eine derartige Verteilung der Rechtssetzungskompetenzen ist aber weder zweckmäßig noch notwendig; vgl. Anm. 209 hievor.

²²⁷ Vgl. Anm. 215 hievor.

²²⁸ Damit ist freilich noch nichts darüber ausgesagt, ob im Wege der ordentlichen Rechtssetzung erzeugtes transitorisches Recht als Notrecht bezeichnet werden kann. Das hängt davon ab, ob das Merkmal der beschränkten Dauer den generellen abstrakten Normen des ordentlichen Rechts zukommen kann. Diese Frage wird im folgenden Paragraphen näher erörtert werden.

²²⁹ Vgl. *Giacometti*, Vollmachtenregime, 13.

nicht in provisorischer Weise²³⁰. Denn es soll, um mit Schindler²³¹ zu sprechen, «das Bestehende schützen und zu diesem Zweck vielleicht vorübergehend suspendieren, aber nicht endgültig aufheben. Deshalb unterscheiden wir auch heute zwischen Notrechtserlassen und ordentlicher Gesetzgebung. Dauernde Rechtsänderungen durchzuführen, kann nur Sache der letzteren sein». Der transitorische Charakter des Notrechts findet somit ein Gegenstück in der Fähigkeit des Notgesetzgebers zur materiellen Suspension²³² des bestehenden Rechts²³³.

§ 9. Das Problem der transitorischen Rechtssetzung auf der Gesetzes- und Verfassungsstufe

I. «La permanence est la généralité dans le temps»²³⁴; in dieser knappen Formel ist die ganze *Problematik der zeitlich beschränkten Rechtssetzung* bereits enthalten. Die Vorstellung der Dauer als eines notwendigen Attributes des Gesetzes und vor allem der Verfassung²³⁵ ist zwar weitverbreitet²³⁶, die logische Konsequenz, die sich aus dieser Auffassung für den Inhalt der Rechtssetzungskompetenz ergibt, ist jedoch kaum je gezogen worden. Diese Konsequenz kann nur in der Beschränkung der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz²³⁷ auf den Erlass genereller abstrakter Normen von *unbestimmter Dauer*²³⁸ bestehen. Es ist daher nicht ohne weiteres verständlich, warum so einleuchtende Äußerungen wie die nachstehenden von Kägi²³⁹ bisher durchaus vereinzelt geblieben sind: «Eine bedeut-

²³⁰ Vgl. die vorhergehende Anm. Im Falle eines rein formalen Notstandes, der zu provisorischer Rechtssetzung führt, scheint eine provisorische formelle Abänderung oder Aufhebung bestehender Verfassungs- bzw. Gesetzesbestimmungen dagegen nicht ausgeschlossen.

²³¹ A. a. O., 18.

²³² Vgl. *Giacometti*, Vollmachtenregime, 12f.

²³³ Auch hier wird man prüfen müssen, ob es sich um eine besondere Fähigkeit handelt, die nur dem Notgesetzgeber zukommt, oder ob auch der ordentliche Gesetzgeber bestehendes Recht materiell suspendieren kann, anstatt es formell abzuändern oder aufzuheben. Diesem Problem gelten die Ausführungen des folgenden Paragraphen.

²³⁴ *Barthélemy/Duez*, *Traité de Droit Constitutionnel*, 725.

²³⁵ *Fleiner/Giacometti*, BStR, 22f.; *Hans Huber*, Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR n. F. 70, 187.

²³⁶ Vgl. etwa die umfangreiche Zusammenstellung von Äußerungen in- und ausländischer Autoren hinsichtlich der Dauerhaftigkeit der Verfassung bei Kägi, a. a. O., 54, Anm. 25.

²³⁷ Auf der Gesetzes- und Verfassungsstufe.

²³⁸ Vgl. Kägi, Gewaltenteilungsprinzip, 206: «Grundsätzliche Beschränkung der Legislative auf die Setzung genereller abstrakter, auf die Dauer berechneter Normen.»

²³⁹ Verfassung, 111.

same Erscheinung der neueren Verfassungsgesetzgebung liegt auch in dem Aufkommen der *Verfassungsgesetzgebung auf Zeit*. Ist schon die Gesetzgebung auf Zeit eine *contradictio in adjecto*, so trifft dies erst recht für die Verfassungsgesetzgebung zu; denn die Verfassung ist per definitionem das dauernde, beständige Grundgesetz. Für die Rechtfertigung der Verfassungsgesetzgebung auf Zeit hat man sich darauf berufen, daß so der Souverän wenigstens Stellung nehmen kann. Aber auch dies wird nicht darüber hinwegtäuschen dürfen, daß der normative Sinn der Verfassung bedroht wird; das Problematische dieser Praxis ist denn auch in den gesetzgebenden Körperschaften immer wieder erkannt worden*.)

Daß der Dauer als Attribut der einfachen bzw. der Verfassungsgesetzgebung im allgemeinen so wenig Beachtung geschenkt wird, läßt sich auf verschiedene Gründe zurückführen. Einmal herrscht vielfach und vor allem auch in der Demokratie die Überzeugung von der juristischen Allmacht, der unumschränkten Machtvollkommenheit des Verfassungsgesetzgebers. Diese Überzeugung findet zudem ein rechtliches Fundament darin, daß den Vorschriften über die Revision der Verfassung im allgemeinen der Charakter von Rechtsnormen abgesprochen wird²⁴⁰. Sodann wird man gegen eine Beschränkung der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz auf die Erzeugung von Normen unbestimmter Dauer einwenden, zeitlich beschränkte Gesetze oder gar Verfassungsgesetze seien unvermeidlich; vielfach könne schon aus politischen Gründen (Referendumsrücksichten) auf eine bloß provisorische Rechtssetzung²⁴¹ nicht verzichtet werden. Derartige Argumente vermögen jedoch vor dem Forum streng rechtsstaatlicher Gedankengänge nicht zu bestehen. Es ist selbstverständlich zuzugeben, daß die Beschränkung der materiellen Rechtssetzungskompetenz auf die Erzeugung von Nor-

* Sten. Bull. NR 1941, 122f. (Holenstein); Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 1915 (Bbl. 1915 I 155f.); Sten. Bull. NR 1915, 111 (Musy), 61ff., (de Meuron).

²⁴⁰ In der vorliegenden Abhandlung wird demgegenüber im Anschluß an *Giacometti* die Auffassung vertreten, daß auch den Revisionsbestimmungen normativer Charakter zukomme, wenn die Verfassungsgesetzgebung durch ein Kollektivorgan ausgeübt wird, dessen einzelne Teilorgane nacheinander in Funktion treten, und jedes für sich ein bestimmtes Stück Verfassungsgesetzgebung ausübt; vgl. § 4, I, hievor.

²⁴¹ Auch in diesem Zusammenhang ist die Bezeichnung «provisorisch» gerechtfertigt, sofern der Inhalt des Erlasses — man denke etwa an die am 25. Februar 1951 verworfene Autotransportordnung; Bbl. 1950 II 292, 1951 I 870 — auf die Dauer bestimmt ist, der Erlaß selber aber zeitlich befristet wird.

men unbestimmter Dauer eine bedeutende Einschränkung der staatlichen Wirksamkeit darstellt. Aber gerade diese Beschränkung der staatlichen Wirksamkeit entspricht ja letzten Endes der Idee des Rechtsstaates²⁴². Sie ist übrigens kaum schwererwiegend als die Beschränkung der Rechtssetzungskompetenz auf die Erzeugung genereller abstrakter Normen. Andererseits zeigt sich, daß der hier verwendete materielle Gesetzesbegriff so wenig Allgemeingültigkeit besitzt wie der formelle Begriff der Notrechtssetzung²⁴³. Beide haben vielmehr als gemeinsame ideelle Basis den Rechtsstaat im Sinne einer liberalen, gewalttrennenden staatlichen Organisation.

II. Im vorhergehenden Paragraphen wurde nachgewiesen, daß dem transitorischen Charakter des Notrechts im materiellen Sinne die materielle Suspension bestehender Rechtsnormen entspreche. Dementsprechend kann im Wege der ordentlichen Rechtssetzung das bestehende Recht nur aufgehoben oder abgeändert, nicht aber suspendiert werden²⁴⁴. In diesem Zusammenhang ergibt sich scheinbar ein weiteres Argument zugunsten der zeitlich beschränkten Rechtssetzung durch den ordentlichen Gesetzgeber; entspricht es doch einer wohl allgemein herrschenden Auffassung, wenn *Marti*²⁴⁵ behauptet, daß die Suspension der Verfassung nur einen Sonderfall der Verfassungsänderung darstelle. Die herrschende Lehre geht m. a. W. davon aus, die Kompetenz des ordentlichen Gesetzgebers zur Suspension bestehenden Rechts könne nach dem Schluß a maiore ad minus aus der Kompetenz zur Aufhebung bzw. Abänderung des bestehenden Rechts abgeleitet werden. Diese Argumentation ist indessen unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht haltbar. Die partielle oder totale Suspension von Gesetzen oder gar der Verfassung bedeutet einen viel schwereren Einbruch in das Gefüge des Rechtsstaates als eine Gesetzes- oder Verfassungsrevision; denn jene tangiert das Wesen der Verfassung als eines Systems oberster unverbrüchlicher Rechtsnormen²⁴⁶, während diese die Aufstellung neuer oberster und unverbrüchlicher Rechtsnormen zum Gegenstande hat.

²⁴² Vgl. F. *Darmstaedter*, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, passim.

²⁴³ Vgl. § 2 hievor.

²⁴⁴ Ob diese Aufhebung bzw. Abänderung formell oder bloß materiell erfolgt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Dem Postulat der Rechtssicherheit ist freilich nur Genüge geleistet, wenn eine formelle Aufhebung bzw. Abänderung des bestehenden Rechts erfolgt; vgl. F. *Weber*, Koordination der Gesetzgebung im Hinblick auf Gesetzestechnik und Gesetzesreduktion, ZSR n. F. 69, 276.

²⁴⁵ Verordnungsrecht, 132.

²⁴⁶ *Kägi*, a. a. O., 41.

III. Stellt man sich nun die Frage, unter welchen Umständen die Erzeugung zeitlich beschränkter Normen vom rechtsstaatlichen Standpunkte aus gerechtfertigt sei, m.a.W., was als *Ratio der zeitlich beschränkten Rechtssetzung* angesehen werden könne, so wird man antworten müssen, daß nur der Notstand im materiellen Sinne, d. h. ein seinem Wesen nach transitorischer Zustand²⁴⁷ eine transitorische Regelung zu rechtfertigen vermag.

IV. Faßt man das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen über den Inhalt der ordentlichen und der notrechtlichen Rechtssetzungskompetenzen zusammen, so zeigt sich, daß im Rechtsstaat der Notgesetzgeber auf die Erzeugung transitorischer Normen, der ordentliche Gesetzgeber dagegen auf die Erzeugung von Normen unbestimmter Dauer beschränkt ist. Abzulehnen ist die von der herrschenden Lehre vertretene Auffassung, die transitorische Rechtssetzung sei ein Sonderfall der Rechtssetzung auf unbestimmte Dauer. Dies würde, wie bereits erwähnt²⁴⁸, bedeuten, daß eine Unterscheidung zwischen ordentlichem und Notrecht im materiellen Sinne für den Inhalt der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz bedeutungslos wäre, da der ordentliche Gesetzgeber eine schlechterdings umfassende Rechtssetzungskompetenz besäße, wogegen freilich der Notgesetzgeber sich auf die Erzeugung transitorischer Normen beschränken müßte, sofern er keine Kompetenzüberschreitung begehen wollte. Nach der hier vertretenen Auffassung stellt dagegen die Notrechtssetzung im materiellen Sinne eine Kompetenz *sui generis* dar, die auch vom ordentlichen Gesetzgeber nur auf Grund einer besondern verfassungsmäßigen Vorschrift legal ausgeübt werden kann. Wie es sich mit der Kompetenz zur Notrechtssetzung durch den ordentlichen Gesetzgeber auf Grund der Bundesverfassung verhält, soll im folgenden Paragraphen untersucht werden.

§ 10. Die Rechtsgrundlagen der transitorischen Verfassungsgesetzgebung und Gesetzgebung in der schweizerischen Bundesverfassung

I. Auch auf dem Gebiete des schweizerischen Bundesstaatsrechtes ist die herrschende Lehre der Auffassung, daß *der Verfassungsgesetzgeber*, d. h. die Bundesversammlung in Zusammenwirkung mit Volk und Ständen, *befugt sei, transitorische Normen der Verfassungsstufe zu erzeugen*²⁴⁹. So wird insbesondere angenommen,

²⁴⁷ Vgl. § 8, I, hievor.

²⁴⁸ Vgl. § 7, II, 2, hievor.

²⁴⁹ Die herrschende Lehre betrachtet diese Befugnis als derart selbstverständlich, daß sie sich mit der hier aufgeworfenen Frage gewöhnlich gar nicht befaßt; vgl. z. B. *Fleiner*, Bundesstaatsrecht, 671 ff., 774, Anmerkung

daß verfassungswidrige transitorische Erlasse der Bundesversammlung durch eine nachträgliche Abstimmung von Volk und Ständen legalisiert werden können²⁵⁰. Dies würde voraussetzen, daß der Verfassungsgesetzgeber auf Grund der geltenden Verfassung die Kompetenz zum Erlaß transitorischer Normen besäße.

Welches sind nun aber die Kompetenzen des Verfassungsgesetzgebers gemäß der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874? Die Umschreibung der materiellen Rechtssetzungskompetenz des Verfassungsgesetzgebers ist in Art. 118 BV enthalten, der bestimmt, daß die Bundesverfassung jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden kann. Somit muß zwischen Total- und Partialrevision unterschieden werden. Im allgemeinen wird ja eine Suspension der Verfassung durch transitorische Normen lediglich mit Bezug auf einzelne Bestimmungen derselben erfolgen²⁵¹, so daß die entsprechende

24; *Burckhardt*, Komm. BV, 353; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 703. Vgl. dagegen die ausdrückliche Billigung dieser Rechtssetzungspraxis durch *Giacometti*, Verfassungslage, 7f.

²⁵⁰ Vgl. die Botschaft des Bundesrates über den Ersatz des Fiskalnotrechts, vom 19. August 1938, Bbl. 1938 II 311, sowie den Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren betr. Notrecht und Dringlichkeit, vom 3. April 1939, Bbl. 1939 I 551. Vgl. auch *Giacometti*, Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung des neuen Art. 89^{bis} der BV, NZZ Nr. 2116 vom 17. Oktober 1949, Ziff. II.

²⁵¹ Bis heute sind fünf transitorische Erlasse den Weg der ordentlichen Verfassungsgesetzgebung gegangen. Es handelt sich um die beiden Kriegsteuerbeschlüsse vom 6. Juni 1915 (AS 31, 336) und vom 4. Mai 1919 (AS 35, 587), den BB betr. die Übergangsordnung des Finanzhaushaltes des Bundes vom 30. September 1938 (AS 54, 861), den BB betreffend Ergänzung der Bundesverfassung für die Eröffnung und die teilweise Deckung von Krediten zum Ausbau der Landesverteidigung und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, vom 6. April 1939 (AS 55, 565), sowie den BB über die Finanzordnung 1951 bis 1954, vom 29. September 1950 (AS 1950, 1463). Alle fünf Erlasse waren zeitlich befristet und stellten deshalb materiell keine Verfassungsrevision dar. Formell wurde dieser Tatsache dadurch Rechnung getragen, daß die genannten Verfassungsgesetze ohne Nummer neben die Verfassung gestellt wurden. Eine Eingliederung dieser Bestimmungen in die Verfassung hätte in der Tat wenig Sinn gehabt, da sie die bestehenden Bestimmungen der Bundesverfassung formell weder aufhoben noch abänderten und mit dem Ablauf der Geltungsdauer eo ipso dahinfelen bzw. dahinfallen werden. — Im Zusammenhang mit der Liquidierung des Vollmachtenrechtes hat es sich als notwendig erwiesen, zwei weitere transitorische Verfassungszusätze zu schaffen, die am 23. November 1952 zur Abstimmung gelangt sind (Bbl. 1952 III 152): den BB über die befristete Weiterführung einer beschränkten Preiskontrolle (Bbl. 1952 II 61 und III 126) und den BB über die Brotgetreideversorgung des Landes (Bbl. 1951 II 580 und 1952 III 128), beide vom 26. September 1952.

Kompetenzbestimmung in den Vorschriften über die Partialrevision der Bundesverfassung enthalten sein müßte²⁵².

Die Bundesverfassung enthält nun in Art. 121, Abs. 2, eine Legaldefinition des Begriffs der Partialrevision²⁵³. Danach ist unter Partialrevision der *Erlaß*, die *Aufhebung* oder *Abänderung* bestimmter Artikel der Bundesverfassung zu verstehen. Angesichts dieser eindeutigen materiellen Kompetenzumschreibung kann keine Rede davon sein, daß der Verfassungsgesetzgeber außerdem befugt wäre, Verfassungsbestimmungen im Verfahren der Verfassungsrevision zu suspendieren²⁵⁴. Das gleiche gilt übrigens auch für die Totalrevision der Bundesverfassung, wiewohl diese nicht noch besonders definiert ist²⁵⁵. Der Ausschluß der totalen Suspension der Bundesverfassung ergibt sich bereits aus Art. 118 BV, der bestimmt, daß die Bundesverfassung jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden könne. Revidieren heißt aber nicht suspendieren²⁵⁶.

In diesem Zusammenhang sei noch speziell darauf verwiesen, daß es auf dem Gebiete der Bundesverfassung keine (dauernde oder transitorische) Rechtssetzung *praeter constitutionem* gibt. Denn die Bundesverfassung ist lückenlos. Sie regelt sämtliche zwischen Bund und Kantonen oder Bund und Bürgern auftauchenden Kompetenzfragen erschöpfend²⁵⁷. Jede transitorische Verfassungsgesetzgebung bedeutet daher die Suspension einer oder mehrerer bestehender Verfassungsbestimmungen²⁵⁸. Eine transitorische «Ergänzung» der Bundesverfassung erscheint dagegen begrifflich ausgeschlossen.

Diese Annahme der Illegalität transitorischer Verfassungsge-

²⁵² Immerhin ist zu beachten, daß die Vollmachtenbeschlüsse der Bundesversammlung von 1914 und 1939 die totale Suspension der Bundesverfassung mindestens virtuell in sich begriffen haben; wären diese beiden Beschlüsse im Verfahren der ordentlichen Verfassungsgesetzgebung ergangen, so kämen für die Prüfung ihrer Legalität auch die Vorschriften über die Totalrevision der Bundesverfassung in Betracht.

²⁵³ Vgl. *Fleiner*, BStR, 396; *Burckhardt*, Komm. BV, 815; *Giacometti*, StRK, 448f., *Fleiner/Giacometti*, BStR, 704.

²⁵⁴ Zum Verhältnis von Suspension und Revision der Verfassung, insbesondere zum Ausschluß des Argumentes *in maiorem minus* vgl. § 9, II, hierov.

²⁵⁵ Was, abgesehen von der möglichen Erwähnung der Suspension, wohl überflüssig wäre, da weder der Erlaß noch die Aufhebung, sondern nur die Abänderung der Verfassung für sich allein Gegenstand der Totalrevision bilden kann.

²⁵⁶ Vgl. die vorletzte Anm.

²⁵⁷ Vgl. *Giacometti*, Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, 21.

²⁵⁸ *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 100, 109f.; *Giacometti*, Vollmachtenregime, 12ff.

setze hat übrigens nicht nur theoretische Bedeutung. Die «Verfassungsgesetzgebung auf Zeit» hat sich vielmehr auch in der Praxis als durchaus verhängnisvoll erwiesen. Sämtliche transitorischen Verfassungsgesetze haben die Regelung der Bundesfinanzen zum Gegenstande gehabt²⁵⁹. Praktisch löste auf diesem Gebiete eine Übergangslösung die andere ab. Konnte man bei der ersten und auch bei der zweiten Kriegssteuer von 1915 und 1919 mit einem gewissen Recht annehmen, es handle sich um wirklich vorübergehende Maßnahmen, so schwand diese Hoffnung im Laufe der Wirtschaftskrise der dreißiger Jahre immer mehr und erlosch im Verlaufe des zweiten Weltkrieges vollständig. Bereits vor Beginn des zweiten Weltkrieges war man sich klar darüber, daß nur eine umfassende Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes dem dauernden Provisorium ein Ende bereiten konnte. Aber es scheint, daß derzeit die Kräfte, welche zu einer dauernden verfassungsmäßigen Finanzordnung zu führen vermöchten, fehlen. An Stelle der normativen ist die dezisionistische Lösung getreten. Der ständige transitorische Ausbau der Finanzordnung hat deren definitive Fixierung zu einem fast unlösbaren Problem gemacht. Dabei spielt die irrtümliche Meinung, die transitorischen Finanzordnungen durch die Abstimmungen von Volk und Ständen «legalisieren» zu können, eine verhängnisvolle Rolle. In weiten Kreisen scheint man gar nicht mehr zu einer dauernden Regelung des Finanzhaushaltes im Bunde kommen zu wollen. Die Bemühungen von Regierung und Parlament um eine Lösung dieser Krise werden, wie die schlechte Stimmbeteiligung anlässlich der Abstimmung über die verfassungsmäßige Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes vom 4. Juni 1950²⁶⁰ zeigt, vom Volk kaum mehr ernst genommen. Und doch wäre die Annahme einer dauernden, wenn auch mangelhaften Finanzordnung derjenigen der vollkommensten Übergangsordnung unbedingt vorzuziehen gewesen²⁶¹; denn mit dem Dahinfallen dieser ihrem Wesen nach eben doch auf die Dauer berechneten «Übergangsordnungen» wird jedesmal von neuem der gesamte Finanzhaushalt des Bundes in Frage gestellt; der daraus resultierende Notstand ist jedoch nicht durch «äußere Umstände», sondern durch den Gesetzgeber selbst, gleichgültig, ob es sich um den ordentlichen

²⁵⁹ Über weitere Fälle in neuester Zeit vgl. Anm. 251 hievori.

²⁶⁰ 486 381 verwerfende, 267 770 annehmende Stimmen; Stimmbeteiligung 55,3% (!).

²⁶¹ Vgl. *Giacometti*, Finanzreform und Rückkehr zur Bundesverfassung, NZZ Nr. 1099, vom 25. Mai 1950, Sp. 3.

Gesetzgeber oder um einen Notgesetzgeber²⁶² handelt, verursacht worden. Die These von der Illegalität der transitorischen Verfassungsgesetzgebung ist daher auch für die Praxis keineswegs so bedeutungslos, wie dies auf den ersten Blick den Anschein haben mag.

II. Im Gegensatz zur transitorischen *Rechtssetzung* auf der Verfassungsstufe läßt sich m. E. diejenige *auf der Gesetzesstufe in der Bundesverfassung rechtlich verankern*. Eine abstrakte Legaldefinition der Gesetzgebung, wie sie in Art. 121, Abs. 2, BV mit Bezug auf die Partialrevision der Bundesverfassung enthalten ist, findet sich zwar in der Verfassung nirgends. Daraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, der ordentliche Gesetzgeber dürfe ohne weiteres transitorische Gesetze erlassen bzw. bestehendes Gesetzesrecht materiell suspendieren; denn auch auf dem Gebiete der Gesetzgebung müssen die rechtsstaatlichen Prinzipien verwirklicht werden. Diese bestehen hinsichtlich der Gesetzgebung gleichfalls in der Beschränkung der Legislative auf die Erzeugung genereller abstrakter, auf die Dauer berechneter Normen²⁶³. Der auf dieser Grundlage aufgebaute rechtsstaatliche Gesetzesbegriff bildet eben, wie *Kägi*²⁶⁴ zu Recht bemerkt, «nicht das logische Produkt, sondern vielmehr die Voraussetzung der rechtsstaatlichen, d. h. gewaltenteilenden Verfassungsorganisation». Nach der Bundesverfassung steht nun aber für die Erzeugung von Rechtsnormen auf der Gesetzesstufe außer dem Bundesgesetz auch der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß zur Verfügung²⁶⁵. Diese doppelte Rechtssetzungsform kann nur einen Sinn haben, wenn sich ihr Inhalt irgendwie differenzieren läßt. Der von *Regi*²⁶⁶ aus der Entstehungsgeschichte des Art. 89 BV und der Praxis zu demselben gezogene Schluß, der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß solle im Gegensatz zum Bundesgesetz, das die dauerhaften Bestimmungen enthalten soll, der Aufstellung von Rechtssätzen dienen, die nur einer momentanen Notwendigkeit entsprechen und deshalb in naher Zukunft wieder außer Kraft treten, dürfte daher zutreffend sein. Ein gewisses Indiz dafür, daß der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß der Erzeugung transitorischer Rechtsnormen dienen soll, scheint auch darin zu liegen, daß nur er und nicht etwa auch

²⁶² Bundesversammlung oder Bundesrat.

²⁶³ *Kägi*, Gewaltenteilungsprinzip, 206.

²⁶⁴ A. a. O., 205.

²⁶⁵ *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht, 365; *Fleiner/Giacometti*, BStR 746f.

²⁶⁶ Die Grenzen des fakultativen Referendums in der Bundesgesetzgebung, 83f.

das Bundesgesetz dringlich erklärt, d. h. im Verfahren der formellen Notrechtssetzung verwendet werden kann. Die Befristung dringlicher allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse ist heute in der Verfassung ausdrücklich vorgesehen²⁶⁷, sie verstand sich aber bereits vor der Revision des Art. 89 vom 22. Januar 1939²⁶⁸.

III. Die in den vorangehenden Ausführungen vertretene *These von der inhaltlichen Beschränkung der Rechtssetzungskompetenz des ordentlichen Gesetzgebers* ist von großer Tragweite. Sie bedeutet, sofern man den Revisionsvorschriften normativen Charakter zuerkennt, daß die transitorischen Verfassungsgesetze²⁶⁹ mangels verfassungsrechtlicher Grundlage ebensosehr der Legalität entbehren wie z. B. die beiden Vollmachtenbeschlüsse von 1939 und 1940. Dagegen wird man freilich einwenden, es müsse im Staat eine oberste Instanz geben, die auch ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Setzung von Notrecht befugt sei. Gerade in der schweizerischen Staatsrechtslehre, die — weit mehr als die Bundesverfassung selber — vom Gedanken der Volkssouveränität beherrscht ist, dürfte diese Überlegung im tiefsten Grunde mitgespielt haben. Die Gefahr einer derartigen Überspannung der Idee der Volkssouveränität hat *Kägi*²⁷⁰ eindrucklich dargetan, indem er auf den Gegensatz zwischen «konstitutioneller» und «absoluter» Demokratie hinweist, wobei er freilich in erster Linie das verfassungswidrige, durch Volksentscheid plebiszitär legitimierte Gesetz im Auge hat. Bildet aber bereits der verfassungswidrige Gesetzeserlaß eine schwere Gefährdung des Rechtsstaates, so wird dieser vollends in Frage gestellt, wenn die Verfassungsgesetzgebung die ihr gesetzten materiellen Schranken durchbricht.

§ 11. Zur Frage der Legitimität der transitorischen Verfassungsgesetzgebung

Kann die Legalität der transitorischen Verfassungsgesetzgebung auf Grund der Bundesverfassung nicht nachgewiesen werden²⁷¹, so erhebt sich die Frage nach der *Legitimität* derselben²⁷². Diese Frage

²⁶⁷ Art. 89^{bis}, Abs. 1 BV.

²⁶⁸ AS 55, 242. Vgl. dazu auch *Giacometti*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, 51.

²⁶⁹ Vgl. Anm. 251 hievori.

²⁷⁰ Verfassung, insbesondere 7. Kapitel: Verfassung und Demokratie, 152ff.

²⁷¹ Heute bildet Art. 89^{bis}, Abs. 3, BV die Rechtsgrundlage für den Erlaß transitorischen Verfassungsrechtes.

²⁷² Vgl. dazu *Zihlmann*, Legitimität und Legalität des Notrechts.

ist, abgesehen von ihrem theoretischen Interesse, nicht ohne eine gewisse Aktualität, weil im Zusammenhang mit der erstmaligen Anwendung von Art. 89^{bis}, Abs. 3 BV, d. h. beim Erlass der Übergangsordnung für die Bundesfinanzreform²⁷³ mehrfach die Kompetenz des Verfassungsgesetzgebers zum Erlass transitorischer Verfassungsbestimmungen angezweifelt und deshalb empfohlen wurde, der Bundesrat solle diese Übergangsordnung auf Grund seiner im damaligen Zeitpunkt freilich bereits abgebauten²⁷⁴ Vollmachten erlassen²⁷⁵. Wohl waren die angegebenen Argumente an sich richtig, allein das vorgeschlagene Mittel zur Verhütung der «verfassungswidrigen Verfassungsgesetzgebung» war doch etwas allzu einfach. Selbst wenn man einen von Volk und Ständen genehmigten transitorischen Verfassungsartikel hinsichtlich seiner Legalität auf die gleiche Stufe stellt wie die vom Bundesrat auf Grund des Vollmachtenbeschlusses von 1939 erlassenen Beschlüsse²⁷⁶, wird man doch nicht übersehen dürfen, daß hinsichtlich der Legitimität dieser illegalen Rechtssetzung ein gewaltiger Unterschied besteht. Zwar weist *Zihlmann*²⁷⁷ mit Recht darauf hin, der Vollmachtenbeschluß von 1939 sei vom Volk in keinem Augenblick als Staatsstreich empfunden worden; die damalige Willensübereinstimmung habe vielmehr für die Juristen aller Richtungen den gewichtigsten Rechtfertigungsgrund für die Verfassungsverletzung gebildet. Allein an anderer Stelle²⁷⁸ muß er zugeben, daß nach dem Kriege das Notrecht «bald an Pathos verlor» und «zu einem willkommenen juristischen Universalwerkzeug» sank. Ferner sei es vorgekommen, daß die Verwendung von Vollmachtenrecht für einen nicht im entferntesten mit der Existenz des Landes im Zusammenhang stehenden Fall mit dem Hinweis auf die *Legitimität* des Notrechts «gerechtfertigt» wurde. Alle diese Umstände haben dazu beigetragen, die Legitimität des Vollmachtenrechts auf ein Minimum zu bringen. Der Legitimität fehlt eben im Gegensatz zur Legalität jede Konstanz. Das gilt übrigens für legale Akte genau so wie für illegale.

²⁷³ BB betr. die Übergangsordnung des Finanzhaushaltes des Bundes (Finanzordnung 1950 und 1951; AS 1949, 1801).

²⁷⁴ Durch den BB vom 6. Dezember 1945; AS 61, 1049.

²⁷⁵ Vgl. die Aufsätze in der NZZ Nr. 810 vom 21. April 1949 («Volksabstimmung oder Vollmachtenbeschluß» und «Verfassungsrechtliche Betrachtungen») und in den Basler Nachrichten Nr. 214 vom 21./22. Mai 1949 (Angst vor der Courage?).

²⁷⁶ Soweit sie Verfassungsrecht materiell suspendieren.

²⁷⁷ A. a. O., 71 f.

²⁷⁸ A. a. O., 89.

Auch ordnungsgemäß erlassene Gesetze können ihre Legitimität verlieren, und dies selbst dann, wenn sie in einem unmittelbar demokratischen Rechtssetzungsverfahren zustande gekommen sind. Andererseits erlaubt aber die unmittelbar demokratische Rechtssetzung, die Legitimität eines Gesetzes im Zeitpunkte seines Erlasses sehr genau festzustellen. Im Falle der Finanzordnung 1950 und 1951 verhielt es sich nun so, daß der Vollmachtenbeschluß von 1939 seine Legitimität derart eingebüßt hatte, daß er schlechterdings nicht mehr als Grundlage für einen Erlaß von derart weittragender Bedeutung, wie ihn die Finanzordnung 1950 und 1951 darstellte, dienen konnte. Man geht wohl nicht zu weit in der Annahme, daß es der Bundesrat unter diesen Umständen nicht hätte verantworten können, die am 31. Dezember 1949 ablaufende Finanzordnung auf Grund seiner Vollmachten nochmals zu verlängern, und wäre es auch nur um einige Monate oder gar nur um Wochen gegangen²⁷⁹. Ein derartiges Vorgehen hätte schon deshalb seinen Zweck verfehlt, weil es keine Lösung gebracht hätte für den Fall, daß die in Vorbereitung stehende, aber nicht rechtzeitig fertiggestellte Vorlage über die Bundesfinanzreform²⁸⁰ in der Abstimmung von Volk und Ständen verworfen worden wäre²⁸¹. Die Finanzordnung 1950 und 1951 ist freilich auch nicht im Wege der ordentlichen Verfassungsgesetzgebung, sondern in der Form eines sofort in Kraft gesetzten, nicht auf die Verfassung gestützten Bundesbeschlusses gemäß dem am 11. September 1949 angenommenen Artikel 89^{bis}, Abs. 3, BV²⁸² ergangen²⁸³. Diese an sich richtige Lösung²⁸⁴ erlaubte es zwar nicht, die Legitimität der Finanzordnung 1950 und 1951 durch das Mittel der Volksabstimmung festzustellen. Sie hatte aber den Vorzug, legal zu sein²⁸⁵ und entlastete vor allem den Bundesrat von einer Verantwortung, die zu übernehmen er in keiner Weise mehr legitimiert gewesen wäre²⁸⁶. Die Annahme der

²⁷⁹ A. A. Hans Huber, Die Verfassungslage nach dem 11. September, NZZ Nr. 2106, vom 16. Oktober 1949, Ziff. IV, vorletzter Absatz.

²⁸⁰ Bbl. 1948 I 309.

²⁸¹ Was in der Folge auch tatsächlich eingetreten ist; Bbl. 1950 II 409.

²⁸² AS 1949, 1511.

²⁸³ AS 1949, 1801.

²⁸⁴ Art. 89^{bis}, Abs. 3, BV bildet in der Tat die einzige Rechtsgrundlage für den Erlaß transitorischer Verfassungsbestimmungen.

²⁸⁵ Vgl. die vorhergehende Anmerkung.

²⁸⁶ Auch ein Notrechtsbeschluß der Bundesversammlung analog demjenigen von 1939 hätte einen höheren Grad von Legitimität aufgewiesen als ein auf Grund des Vollmachtenbeschlusses von 1939 erlassener Bundesratsbeschluß.

Finanzordnung 1951 bis 1954 durch Volk und Stände am 3. Dezember 1950²⁸⁷, die als im ordentlichen Verfahren der Verfassungsgesetzgebung ergangener transitorischer Verfassungszusatz freilich ihrerseits der Legalität mangelte²⁸⁸, hat gezeigt, daß der beim Erlaß der Finanzordnung 1950 und 1951 eingeschlagene Weg der richtige gewesen war.

Dritter Abschnitt

Thesen

Die in den ersten beiden Abschnitten dieses Kapitels gewonnenen Erkenntnisse über das Wesen und die Form der Notrechtssetzung lassen sich wie folgt zusammenfassen und sollen den beiden folgenden Kapiteln als *Thesen* vorausgeschickt werden.

1. *Die übliche formelle Betrachtungsweise, die lediglich zwischen notrechtlichem und ordentlichem Rechtssetzungsverfahren unterscheidet, wird dem Wesen des Notrechts nicht gerecht. Sie übersieht, daß die Notrechtssetzung ihrem Wesen nach ausschließlich die Erzeugung von generellen, abstrakten Normen transitorischer Natur zum Gegenstande haben kann.*

2. *Die materielle Beschränkung der Notrechtssetzungskompetenz findet ihr Gegenstück im rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff, der zur materiellen Beschränkung der ordentlichen Rechtssetzungskompetenz auf die Erzeugung genereller, abstrakter Normen von unbestimmter Dauer führt. Materiell betrachtet bildet somit die Notrechtssetzung im Rechtsstaat nicht einen Sonderfall der ordentlichen Rechtssetzung, sondern eine Kompetenz sui generis. Der formelle Gegensatz zwischen ordentlichem und notrechtlichem Rechtssetzungsverfahren wird hier vom materiellen Gegensatz zwischen Normen unbestimmter Dauer und solchen transitorischer Natur durchkreuzt.*

3. *Notrecht im materiellen Sinne kann sowohl im Verfahren der ordentlichen Rechtssetzung wie in demjenigen der formellen Notrechtssetzung erzeugt werden. Eine legale Ausübung der formellen und materiellen Notrechtssetzung ist jedoch im Rechtsstaat gemäß dem Grundsatz der Kompetenzmässigkeit jeder staatlichen Tätigkeit an das Vorhandensein besonderer Kompetenzbestimmungen der Verfassung gebunden.*

²⁸⁷ AS 1950, 1463.

²⁸⁸ Gemäß der in der vorliegenden Abhandlung vertretenen Auffassung.

Die verfassungsgeschichtliche Entwicklung des Notverordnungsrechtes im Bund

§ 12. Das Notverordnungsrecht der Bundesversammlung unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1848

I. Die *Bundesverfassung vom 12. Dezember 1848* kannte die unmittelbare Demokratie der Rechtssetzung lediglich auf der Verfassungsstufe¹, und zwar in Form des obligatorischen Verfassungsreferendums von Volk und Ständen im Falle der Total- oder Partialrevision der Bundesverfassung. Im übrigen beschränkte sich die Mitwirkung des Volkes bei der Verfassungsgesetzgebung auf das Recht zur Ergreifung der Referendumsinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung sowie auf die Vorabstimmung über die Frage, ob eine Totalrevision der Bundesverfassung vorgenommen werden solle². Eine derartige Vorabstimmung über die Totalrevision der Bundesverfassung war vorgesehen für den Fall, daß sich eine Abteilung der Bundesversammlung für die Revision aussprach, die andere aber nicht zustimmte, und im Falle der von mindestens 50 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern ergriffenen Referendumsinitiative. Eine Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung bestand dagegen nicht.

Mit Bezug auf die Gesetzgebung herrschte der Grundsatz der repräsentativen Demokratie, d. h. die Bundesversammlung beschloß endgültig über den Erlaß von Normen auf der Gesetzesstufe in Form von Bundesgesetzen, Dekreten³ und Bundesbeschlüssen⁴.

Eine Verschiebung der Rechtssetzungskompetenz zugunsten der *Bundesversammlung* war somit nur auf dem Gebiete der Verfassungsgesetzgebung denkbar. Auf der Gesetzesstufe kam, soweit die Kompetenz zur Notrechtssetzung von der Bundesversammlung ausgeübt wurde, lediglich Notrecht im materiellen Sinne⁵ in Frage.

II. Unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1848 sah

¹ Art. 114 BV 1848.

² Art. 113 BV 1848.

³ Vgl. z. B. das Dekret der Bundesversammlung vom 15. Wintermonat 1848 betreffend den von den obersten Bundesbehörden zu leistenden Amtseid (AS a. F. I, 45) und das Dekret der Bundesversammlung vom 30. Juni 1849, enthaltend eine begrenzte Ermächtigung des Bundesrates zum Aufgebot von Truppen (Bbl. 1849 II 306).

⁴ Art. 78 BV 1848.

⁵ Vgl. § 9 hievor.

sich die Bundesversammlung mehrmals genötigt, dem Bundesrate vorübergehend besondere *Vollmachten* zur Abwehr drohender Gefahren zu erteilen⁶.

1. So erließ sie mit Rücksicht auf die im damaligen Nachbarstaate Baden ausgebrochenen Wirren am 30. Juni 1849 ein *Dekret, enthaltend eine begrenzte Ermächtigung des Bundesrates zum Aufgebote von Truppen*⁷. Dieses lautete:

Die schweizerische Bundesversammlung,
nach Prüfung der Berichte und Anträge des Bundesrates vom 28. Juni 1849 über die Maßregeln, welche gegenüber den in den benachbarten Staaten vorkommenden und in ihrer weitem Entwicklung allfällig für die Schweiz einflußreichen Ereignissen zu treffen seien,

beschließt:

Art. 1. Der Bundesrat ist ermächtigt, je nach den Umständen die erforderliche Truppenzahl aufzubieten und zu verwenden.

Sollte das Aufgebot nach Beendigung der Bundesversammlung mehr als 5000 Mann betragen, so ist dieselbe neuerdings einzuberufen.

Art. 2. Der Bundesrat ist ferner ermächtigt, für außerordentliche Ausgaben, welche die äußere Sicherheit oder innere der Schweiz erfordern könnten, die nötigen Geldmittel, sei es durch Darlehen oder Einforderung von Kontingenten anzuschaffen.

Dieses Dekret wurde durch einen *Beschluß der Bundesversammlung* vom 8. August 1849 *über die in den gegenwärtigen Verhältnissen vom Bundesrat getroffenen und noch zu treffenden Maßregeln*⁸ im wesentlichen bestätigt.

2. Im Jahre 1853 erhob die österreichische Regierung bei der Eidgenossenschaft Protest gegen die im Kanton Tessin getroffenen Maßnahmen gegen religiöse Orden und verhängte gegen diesen Kanton gewisse Sperrmaßnahmen. Am 3. August 1853 erging deshalb der *Bundesbeschluß betr. den Konflikt zwischen der Schweiz und Österreich in der Tessiner Angelegenheit*⁹, der folgenden Wortlaut hatte:

Die Bundesversammlung
der schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht eines Berichtes des Bundesrates vom 8. Juli 1853¹⁰ über den Konflikt mit Österreich, sowie einer Botschaft derselben Behörde vom 6. Juli 1853, betreffend einen zu militärischen Zwecken zu eröffnenden Nachtragskredit,

⁶ Vgl. dazu v. Waldkirch, Notverordnungen, 25 ff.; Malézieux, Les pleins pouvoirs en Suisse, 26 ff.

⁷ Bbl. 1849 II 306.

⁹ Bbl. 1853 III 351.

⁸ Bbl. 1849 II 408.

¹⁰ Bbl. 1853 III 89.

beschließt:

1. Die Bundesversammlung sieht sich unter den obwaltenden Umständen und in der Erwartung, daß der Bundesrat nichts verabsäumen wird, was die Wahrung der Rechte, der Ehre und der Unabhängigkeit der Schweiz erheischt, zu Weisungen an den Bundesrat, betreffend die weitere Behandlung der vorliegenden Angelegenheit, nicht veranlaßt.

2. Der von dem Bundesrate mittels Botschaft vom 6. Juli 1853 zu militärischen Zwecken verlangte Nachtragskredit von Franken 211 763 wird bewilligt.

3. Dem Bundesrat wird ein unbestimmter Kredit eröffnet, um, soweit es ihm notwendig scheint, teils die Verteidigungsmittel der Eidgenossenschaft zu vervollständigen, teils zur Erleichterung der Lage der durch die Maßregeln Österreichs gegen Tessin geschädigten Schweizerbürger weiter beizutragen.

3. Eine erheblich ernstere Lage ergab sich anlässlich des Neuenburgerhandels vom Herbst 1856. Am 30. Dezember 1856 sah sich die Bundesversammlung genötigt, dem Bundesrat durch *Beschluß betreffend die Neuenburger-Angelegenheit*¹¹ nachstehende Vollmachten zu erteilen:

Die Bundesversammlung
der schweizerischen Eidgenossenschaft

nach Anhörung des Berichtes des Bundesrates, vom 26. Dezember 1856¹²

beschließt:

1. Der Bundesrat wird zum Zwecke einer friedlichen Ausgleichung der Neuenburgerfrage in gleicher Weise wie bis anhin zu allen Mitteln Hand bieten, welche mit der Ehre und Würde der Schweiz verträglich, und welche die Anerkennung der Unabhängigkeit Neuenburgs von jedem ausländischen Verband herbeizuführen geeignet sind.

2. Die vom Bundesrate erlassenen militärischen Aufgebote und die übrigen von ihm getroffenen Sicherheitsmaßnahmen sind genehmigt. Er ist beauftragt, alle weiteren Anordnungen zu treffen, um, im Falle eine ehrenhafte friedliche Ausgleichung nicht erzielt würde, zur Verteidigung des Vaterlandes auf das Äußerste gerüstet zu sein.

3. Der Bundesrat ist ermächtigt, die erforderlichen Geldanleihen für Rechnung der Eidgenossenschaft anzunehmen und die Anleihekontrakte definitiv abzuschließen.

4. Der Bundesrat ist beauftragt, diesen Beschluß den Kantonen und dem Schweizervolke in angemessener Weise bekanntzumachen.

4. Als eigentlicher Vorläufer der Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 stellt sich der infolge des oberitalienischen Krieges not-

¹¹ Bbl. 1857 I 7 und 13; AS a. F. V, 423.

¹² Bbl. 1856 II 741.

wendig gewordene *Bundesbeschluß vom 5. Mai 1859 betr. die neutrale Stellung der Schweiz* dar¹³.

Die Bundesversammlung
der schweizerischen Eidgenossenschaft
nach Einsicht einer Botschaft des Bundesrates betreffend die gegenwärtige Lage der Schweiz und die in Folge derselben erforderlichen Maßregeln, vom 29. April 1859¹⁴,

beschließt :

1. Die von dem Bundesrat abgegebene und den Mächten, welche als die Garanten der Verträge von 1815 erscheinen, so wie den Nachbarstaaten der Schweiz unterm 14. März 1859 zur Kenntnis gebrachte Erklärung, daß die schweizerische Eidgenossenschaft bei dem bevorstehenden Kriege zwischen benachbarten Mächten neutral verbleiben und ihre Neutralität sowie die Integrität ihres Gebietes mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln verteidigen werde, wird bestätigt.

2. Die von dem Bundesrat erlassenen Truppenaufgebote und die von ihm zum Zwecke militärischer Vorbereitung vorläufig beschlossenen Ausgaben werden genehmigt, wie auch die von dem Bundesrate angeordnete Beschränkung der Pferdeausfuhr durch Erhöhung des Ausfuhrzolles für so lange gutgeheißen wird, als der Bundesrat den Fortbestand dieser Maßregel für notwendig erachtet.

3. Der Bundesrat ist ermächtigt, die zur Aufrechterhaltung der Neutralität und zur Sicherstellung des schweizerischen Gebietes weiter erforderlichen Truppen aufzubieten und die übrigen nötigen Verteidigungsmaßregeln anzuordnen.

4. Dem Bundesrat wird ein unbedingter Kredit zur Bestreitung der Ausgaben eröffnet, welche er in Anwendung der ihm in dem vorhergehenden Artikel erteilten Vollmachten zu machen im Falle sein wird.

Insbesondere erhält der Bundesrat die Ermächtigung zum Abschlusse allfälliger erforderlich werdender Anleihen.

5. Die Bundesversammlung schreitet sofort zu Ernennung eines Oberbefehlshabers, so wie des Chefs des Generalstabs. Der Bundesrat wird den Oberbefehlshaber in Dienst berufen, wenn die Umstände es als notwendig erscheinen lassen. Der Bundesrat ist ermächtigt, die Instruktion für den Oberbefehlshaber im Sinn und Geiste der im Art. 1 dieses Beschlusses bestätigten Erklärung aufzustellen und ihm den vorgeschriebenen Eid abzunehmen.

6. Der Bundesrat hat der Bundesversammlung bei ihrem nächsten Zusammentritte Rechenschaft über den Gebrauch, den er von den ihm kraft des gegenwärtigen Beschlusses erteilten Vollmachten gemacht haben wird, abzulegen. Sollten die Verhältnisse sich drohend gestalten, so wird er die Bundesversammlung unverzüglich wieder einberufen.

¹³ AS a. F. VI, 239.

¹⁴ Bbl. 1859 I 528.

7. Der Bundesrat ist mit der Vollziehung dieses Beschlusses beauftragt.

Die in diesem Bundesbeschluß dem Bundesrat erteilten außerordentlichen Vollmachten wurden durch *Bundesbeschluß vom 21. Heumonats 1859 betreffend die zur Wahrung der Neutralität getroffenen Maßregeln*¹⁵ als erloschen erklärt.

5. Bereits im Frühjahr 1860 mußte die Bundesversammlung dem Bundesrat im Zusammenhang mit dem Savoyerhandel erneut Vollmachten erteilen. Dies geschah durch den *Bundesbeschluß vom 4. April 1860 betr. die Savoyerfrage*¹⁶.

Die Bundesversammlung
der schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht einer Botschaft des schweizerischen Bundesrates, betreffend die Savoyerfrage, vom 28./29. März 1860¹⁷,

beschließt:

1. Die vom Bundesrate bis anhin getroffenen Maßregeln sind genehmigt und der dafür erforderliche Kredit wird erteilt.

2. Der Bundesrat wird fortfahren, die Rechte und Interessen der Schweiz in Beziehung auf die neutralisierten Provinzen kräftig zu wahren und insbesondere dahin zu wirken, daß bis zu erfolgter Verständigung der status quo nicht verändert werde. Zur Anwendung aller dazu erforderlichen Mittel wird ihm Vollmacht erteilt.

3. Sollten weitere militärische Aufgebote stattfinden oder andere ernste Umstände eintreten, so wird der Bundesrat die Bundesversammlung unverzüglich wieder einberufen. Inzwischen spricht die Versammlung ihre Vertagung aus.

4. Der Bundesrat ist mit der Vollziehung dieser Schlußnahme beauftragt.

Diese Vollmachten mußten durch *Bundesbeschluß vom 19. Heumonats 1860 betreffend die Savoyerfrage*¹⁸ erneuert werden.

6. Auch die Kriegsereignisse des Jahres 1866 nötigten den Bundesrat, nachdem er bereits von sich aus am 16. Brachmonats 1866 eine *Verordnung betreffend Handhabung der Neutralität der Schweiz*¹⁹ erlassen hatte, mit Botschaft vom 4. Juli 1866²⁰ von der Bundes-

¹⁵ Bbl. 1859 II 343; AS a. F. VI, 297.

¹⁶ AS a. F. V, 469.

¹⁷ Bbl. 1860 I 475, 489.

¹⁸ Bbl. 1860 II 614; AS a. F. VI, 552.

¹⁹ AS a. F. VIII, 842.

²⁰ Bbl. 1866 II 223; vgl. auch den Bericht der nationalrätlichen Kommission, betreffend die Stellung der Eidgenossenschaft bei gegenwärtiger Weltlage, vom 14. Juli 1866, Bbl. 1866 II 405.

versammlung die Einräumung von Vollmachten zu verlangen. Die eidgenössischen Räte entsprachen diesem Begehren mit *Bundesbeschluß vom 17. Heumonats 1866 betreffend die Neutralitätswahrung*²¹, der wie folgt lautete:

Die Bundesversammlung
der schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht einer Botschaft und eines Beschlußentwurfes des Bundesrates vom 4. Heumonats 1866, betreffend die Stellung der Eidgenossenschaft bei der gegenwärtigen europäischen Weltlage, sowie die Würdigung der in dieser Beziehung bereits getroffenen Maßnahmen,

beschließt:

1. Die Haltung, welche der Bundesrat bei dem gegenwärtig zwischen mehreren europäischen Staaten ausgebrochenen Kriege eingenommen, und die Maßnahmen, welche er zur Wahrung der Neutralität der Schweiz, sowie der Integrität ihres Gebietes getroffen hat, werden vollständig gutgeheißen.

2. Der Bundesrat ist ermächtigt, die zur Aufrechthaltung der Neutralität und zur Sicherstellung des schweizerischen Gebietes weiter erforderlichen Truppen aufzubieten und die nötigen Verteidigungsmaßnahmen anzuordnen. Sollten sich jedoch die Verhältnisse drohend gestalten, und hiedurch Aufgebote in größerem Maßstabe notwendig werden, so ist die Bundesversammlung unverzüglich wieder einzuberufen.

3. Zur Bestreitung derjenigen Ausgaben, welche der Bundesrat in Anwendung der im gegenwärtigen Beschlusse erteilten Vollmachten zu machen in den Fall kommen dürfte, wird ihm ein Kredit vorläufig bis zum Betrage von fünf Millionen Franken eröffnet.

Es bleibt dem Bundesrat anheimgestellt, die benötigten Summen auf die ihm angemessen scheinende Weise, sei es auf vorübergehendem Wege durch Ausgabe von verzinslichen Schuldscheinen, sei es durch feste Anleihen aufzubringen.

4. Der Bundesrat hat der Bundesversammlung bei ihrem nächsten Zusammentritte Rechenschaft über den Gebrauch abzulegen, welchen er von den ihm kraft gegenwärtigen Beschlusses erteilten Vollmachten gemacht haben wird.

5. Der Bundesrat ist mit der Vollziehung dieses Beschlusses beauftragt.

Bereits am 22. August 1866 konnte der Bundesrat «in Betracht der veränderten politischen Weltlage, welche besondere, zur Wahrung der schweizerischen Neutralität und Gebietseinheit dienliche Ausnahmestimmungen weiter nicht mehr erforderlich macht» durch *Beschluß betreffend die Verkehrsbeschränkungen*²² seine Verordnung vom 16. Brachmonats 1866 wieder aufheben.

²¹ AS a. F. VIII, 854.

²² Bbl. 1866 II 473; AS a. F. VIII, 888.

7. Die letzte Vollmachtenerteilung der Bundesversammlung an den Bundesrat unter der Herrschaft der Verfassung von 1848 erfolgte aus Anlaß des deutsch-französischen Krieges von 1870. Der *Bundesbeschluß vom 16. Heumonats 1870 betr. Aufrechthaltung der Neutralität der Schweiz*²³ hatte folgenden Wortlaut:

Die Bundesversammlung
der schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht einer Botschaft des Bundesrates vom 16. Heumonats 1870, betreffend die gegenwärtige Lage der Schweiz und die zum Schutze derselben erforderlichen Maßregeln²⁴,

beschließt:

Art. 1. Die schweizerische Eidgenossenschaft wird bei dem bevorstehenden Kriege ihre Neutralität mit allem Nachdruck festhalten.

Der Bundesrat wird beauftragt, diese Erklärung in einer angemessenen Kundgebung den kriegführenden Staaten und den Mächten, welche als die Garanten der Verträge von 1815 erscheinen, zur Kenntnis zu bringen.

Art. 2. Das von dem Bundesrate erlassene Truppenaufgebot wird bestätigt.

Art. 3. Der Bundesrat ist ermächtigt, die zur Aufrechthaltung der Neutralität und zur Sicherstellung des schweizerischen Gebiets weiter erforderlichen Truppen aufzubieten und die übrigen nötigen Verteidigungsmaßregeln anzuordnen.

Art. 4. Dem Bundesrate wird ein unbedingter Kredit zur Bestreitung der Ausgaben eröffnet, welche er in Anwendung der ihm in dem vorhergehenden Artikel erteilten Vollmachten zu machen im Falle sein wird.

Insbesondere erhält der Bundesrat die Ermächtigung zum Abschluß allfällig erforderlich werdender Anleihen.

Art. 5. Die Bundesversammlung schreitet sofort zur Ernennung des Oberbefehlshabers und des Chefs des Generalstabes.

Art. 6. Der Bundesrat hat der Bundesversammlung bei ihrem nächsten Zusammentritte über den Gebrauch, den er von den ihm kraft des gegenwärtigen Beschlusses erteilten Vollmachten gemacht haben wird, Rechenschaft abzulegen.

Art. 7. Der Bundesrat ist mit der Vollziehung dieses Beschlusses beauftragt.

Die in diesem Beschluß erteilten bundesrätlichen Vollmachten wurden durch den *Bundesbeschluß vom 22. Dezember 1870 betreffend die Wahrung der schweizerischen Neutralität*²⁵ erneuert.

²³ AS a. F. X, 203.

²⁴ Bbl. 1870 III 5.

²⁵ Bbl. 1870 III 789, 1871 I 3.

III. Prüft man die *rechtliche Natur* dieser 7 Vollmachtenbeschlüsse der Bundesversammlung, so könnte man zunächst zum Schluß kommen, es handle sich dabei lediglich um Notrecht im materiellen Sinne, d. h. um transitorische Erlasse der Gesetzesstufe, die von der Bundesversammlung im Verfahren der ordentlichen Gesetzgebung erzeugt worden seien. Eine genauere Prüfung des Inhaltes dieser Beschlüsse ergibt jedoch ein anderes Bild. Abgesehen von den beiden ersten Vollmachtenerteilungen in den Jahren 1849 und 1853, die sich auf die Ermächtigung des Bundesrates zum Aufgebot von Truppen und auf die Erteilung des nötigen Kredites beschränkten, erhielt der Bundesrat jeweils das Recht zur Ergreifung von Maßnahmen, welche ihm zur Verteidigung und für die Sicherheit des Landes notwendig erschienen. Mit *v. Waldkirch*²⁶ und *Malézieux*²⁷ ist anzunehmen, daß der Bundesrat auf Grund dieser Vollmachten befugt gewesen wäre, Rechtsverordnungen zu erlassen. Die Ermächtigung an den Bundesrat, gesetzvertretende Ordnungen zu erlassen, hätte eine Gesetzesdelegation im Sinne sogenannter Blankettvorschriften²⁸ bedeutet. Die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation ohne verfassungsmäßige Grundlage ist jedoch sehr umstritten²⁹. Da die Bundesverfassung von 1848 so wenig wie diejenige von 1874 die Delegation von Rechtssetzungskompetenzen vorsah, haben die erwähnten Vollmachtenbeschlüsse — soweit man nicht die Delegation der dem Gesetzgeber von der Verfassung zugewiesenen Kompetenzen als selbstverständlich betrachtet — bereits aus diesem Grunde die Verfassungsbestimmungen über die Rechtssetzungskompetenzen suspendiert, m. a. W. ein Stück Rechtssetzung auf der Verfassungsstufe, die ohne Mitwirkung von Volk und Ständen auch unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1848 nicht zulässig gewesen wäre³⁰, vorweggenommen. Dazu kommt aber, daß die Ermächtigungen an den Bundesrat ohne Zweifel den Erlaß von Notverordnungen nicht nur auf der Gesetzes-, sondern auch auf der Verfassungsstufe umfaßten. Über die Rechts-

²⁶ A. a. O., 28.

²⁷ A. a. O., 34

²⁸ Vgl. *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht, 394ff.; *ders.* Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, 64; *ders.*, StRK, 493; *Fleiner/Giacometti*, BStR 796.

²⁹ Vgl. zu diesem Problem die vorhergehende Anmerkung und ferner: *S. Masnata*, La délégation de la compétence législative en droit suisse et compare, Diss. Lausanne, 1942; *F. Kuhne*, Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane, Diss. Zürich 1941; *Marti*, Verordnungsrecht, 100ff.; *Oswald*, Gewaltentrennung, 486a ff.

³⁰ Vgl. Ziff. I hievor.

setzung auf der Verfassungsstufe hätte die Bundesversammlung indessen selbst dann nicht verfügen können, wenn man die Gesetzesdelegation grundsätzlich auch ohne verfassungsmäßige Grundlage anerkennt^{30a}. Die Vollmachtenbeschlüsse der Bundesversammlung zwischen 1848 und 1874 sind daher als Notrecht im materiellen und formellen³¹ Sinne zu qualifizieren.

Von diesen Ermächtigungen hat der Bundesrat freilich in keinem einzigen Fall Gebrauch gemacht³², da die Umstände es nicht erforderten. Nichtsdestoweniger sind aber diese Vollmachtenerteilungen vor 1874 von erheblichem Interesse, weil sie in mancher Beziehung die direkten Vorgänger der beiden Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939 bilden³³.

§ 13. Die Einführung des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses dringlicher Natur anläßlich der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1874

Die *Verfassungsrevision von 1874* brachte die Einführung der unmittelbaren Demokratie der Rechtssetzung auf der Stufe der einfachen Gesetzgebung. Art. 85 des *Verfassungsentwurfes vom 5. März 1872*³⁴, der in der Abstimmung vom 12. Mai desselben Jahres verworfen wurde^{34a}, hatte vorgesehen, daß sämtliche Bundesgesetze, aber auch alle Bundesbeschlüsse nicht dringlicher Natur dem fakultativen Referendum unterstehen sollten³⁵. Überdies erteilte Art. 89 des vorerwähnten Entwurfes 50 000 stimmberechtigten Bürgern oder 5 Kantonen das Recht zur Ergreifung der Gesetzesinitiative.

Art. 85 unterstellte sämtliche Beschlüsse der Bundesversamm-

^{30a} Da die Bundesversammlung diese Kompetenz gar nicht besaß.

³¹ Da die Bundesversammlung an Stelle des ordentlichen Verfassungsgesetzgebers (Bundesversammlung zusammen mit Volk und Ständen) Notrecht auf der Verfassungsstufe setzte, bzw. dem Bundesrat eine entsprechende Ermächtigung erteilte.

³² v. Waldkirch, a. a. O., 28.

³³ Vgl. § 15 hienach; es rechtfertigt sich daher, die Texte dieser Erlasse einmal gesamthaft im Wortlaut zu publizieren.

³⁴ Bbl. 1872, Beilage zu Nr. 11.

^{34a} Mit 255 609 Ja gegen 261 072 Nein und 9 annehmenden gegen 13 verwerfenden Ständesstimmen; Bbl. 1872 II 358.

³⁵ Art. 85 des Entwurfes vom 5. März 1872 lautete:

«Für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ist die Zustimmung beider Räte erforderlich.

Bundesgesetze, sowie Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volk zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 50 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 5 Kantonen verlangt wird.»

lung dem fakultativen Referendum³⁶. Es ist nicht uninteressant, festzustellen, daß diese Überspannung der Idee der unmittelbaren Demokratie der Rechtssetzung auf den Ständerat zurückging, der in der entscheidenden Differenzbereinigung die Streichung der bereits damals von Nationalrat *Kaiser* vorgeschlagenen Wendung «allgemein verbindlicher Natur» durchsetzte³⁷. Zusammenfassend kann Art. 85 des Entwurfes vom 5. März 1872 dahin gewürdigt werden, daß er zwar das fakultative Referendum sehr weit ausdehnte, aber immerhin bereits eine notrechtliche Kompetenzverschiebung zugunsten der Bundesversammlung vorsah.

In seinem *Entwurf vom 4. Juli 1873*^{37a} nahm der Bundesrat Art. 85 in der von der Bundesversammlung am 5. März 1872 verabschiedeten Fassung wieder auf³⁸. Diesmal war es jedoch der Ständerat, der die Aufnahme des Ausdruckes «allgemein verbindlich» in Art. 89 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 beantragte³⁹. Dieser Artikel lautete in den 3 Amtssprachen des Bundes wie folgt⁴⁰:

«Für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ist die Zustimmung beider Räte erforderlich.

Bundesgesetze sowie allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volk zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird.»

«Les lois fédérales, les décrets et les arrêtés fédéraux ne peuvent être rendus qu'avec l'accord des deux conseils.

Les lois fédérales sont soumises à l'adoption ou au rejet du peuple, si la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs ou par huit cantons. Il en est de même des arrêtés fédéraux qui sont d'une portée générale et qui n'ont pas un caractère d'urgence.»

«Per le leggi e le risoluzioni federali è necessario l'accordo dei due Consigli.

³⁶ *Regi*, Die Grenzen des fakultativen Referendums in der Bundesgesetzgebung, 13.

³⁷ Vgl. über den Gang der Verhandlungen *Regi*, a. a. O., 3 ff.; *Burckhardt*, Komm. BV, 701 ff.

^{37a} Bbl. 1873 II 963 und Beilage zu Nr. 28.

³⁸ *Burckhardt*, a. a. O., 703.

³⁹ *Regi*, a. a. O., 13.

⁴⁰ AS, RO und RU I, 1. Absatz 3 des Artikels 89 wurde erst auf Grund einer vom 11. Juni bis 20. Oktober 1913 eingereichten Initiative betr. das Staatsvertragsreferendum eingefügt. Die Abstimmung von Volk und Ständen über diese Ergänzung erfolgte am 30. Januar 1921 (Bbl. 1913 V 217, 1914 III 445, 1919 II 222; AS 37, 303).

Le leggi federali, come pure le risoluzioni federali di carattere obbligatorio generale e che non sono di natura urgente, devono inoltre sottoposte al popolo per l'accettazione o il rifiuto, quando ciò sia domandato da 30 000 cittadini svizzeri aventi diritto di voto, oppure da otto Cantoni.»

Vergleicht man den Text von Art. 89 in den drei Landessprachen, so wird man feststellen, daß zwar der deutsche und der italienische Text miteinander übereinstimmen, daß aber der französische Text von den beiden andern an zwei Stellen abweicht. Davon ist freilich nur die eine Abweichung materiell bedeutsam, die darin besteht, daß in Art. 89, Abs. 2 BV an Stelle des deutschen Ausdruckes «allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse» und des italienischen «risoluzioni federali di carattere obbligatorio generale» im französischen Text die Wendung «arrêtés fédéraux de portée générale» gebraucht worden ist^{41 42}. Die Tatsache, daß im französischen Text von Art. 89, Abs. 1, die aus Artikel 78 der Verfassung von 1848 stammende Aufzählung «les lois fédérales, les décrets et les arrêtés fédéraux» stehengeblieben ist, zeigt immerhin, daß es mit der Redaktion dieses Artikels nicht allzu genau genommen worden ist⁴³. Die Annahme, daß der französische Text lediglich eine ungenaue Übersetzung des deutschen darstelle⁴⁴, scheint daher durchaus gerechtfertigt.

§ 14. Die Revision des Artikels 89 BV vom 22. Januar 1939

I. Nach Einführung der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 folgte zunächst, d. h. bis zum Ausbruch des ersten Weltkrieges im Jahre 1914 eine Periode ruhiger und stabiler Rechtssetzung. Diese bestand zumeist im Erlaß von Bundesgesetzen; zur Form des allgemeinen verbindlichen Bundesbeschlusses wurde nur selten gegriffen⁴⁵.

Immerhin erfuhr die unmittelbare Demokratie noch zweimal eine bemerkenswerte Erweiterung. Durch die Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung vom 5. Juli 1892 wurde die *Volks-*

⁴¹ Vgl. insbesondere *Fleiner*, BStR 403 ff.; *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht 363 ff.

⁴² *Regi*, a. a. O., 16 ff.

⁴³ Die wörtliche Übereinstimmung von Art. 89, Abs. 1 BV, in allen 3 Sprachen wurde erst anläßlich der Revision von Art. 89 vom 22. Januar 1939 (AS 55, 241) auf Antrag des Bundesrates (Bericht über das Volksbegehren für Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel vom 10. Mai 1938; Bbl. 1938 I 717) hergestellt.

⁴⁴ So vor allem *Fleiner/Giacometti*, BStR, 746. A.M. *Fleiner*, BStR, 403 ff.

⁴⁵ Vgl. *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht, 366.

initiative auf Partialrevision der Bundesverfassung eingeführt⁴⁶. Danach können 50 000 stimmberechtigte Schweizerbürger nicht mehr nur die Totalrevision der Bundesverfassung⁴⁷, sondern auch den Erlaß, die Aufhebung oder die Abänderung bestimmter Artikel derselben verlangen⁴⁸. Ferner wurde, wie bereits erwähnt⁴⁹, in einer vom 11. Juni bis 20. Oktober 1913 eingereichten Initiative die Einführung des fakultativen Referendums für unbefristete oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossene *Staatsverträge* mit dem Ausland begehrt. Die Abstimmung von Volk und Ständen erfolgte indessen erst nach Ende des ersten Weltkrieges, am 30. Januar 1921⁵⁰.

II. Der erste Weltkrieg mit seinem auf dem BB *betreffend Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechthaltung der Neutralität*, vom 3. August 1914⁵¹, beruhenden *Vollmachtenregime* brachte die entscheidende Zäsur in der Rechtssetzungspraxis der Bundesbehörden. Zwar blieb der allgemein verbindliche, dem Referendum unterstellte Bundesbeschluß nach wie vor eine seltene Ausnahme⁵²; dafür gewann jedoch die *Dringlicherklärung allgemein verbindlicher Bundesbeschlüsse* eine ungeahnte Bedeutung. So wurden von 1919 bis 1938 neben 114 Bundesgesetzen nicht weniger als 148 dringliche Bundesbeschlüsse erlassen⁵³, von denen freilich mehr als die Hälfte lediglich die Verlängerung bestehender dringlicher Bundesbeschlüsse zum Inhalte hatte⁵⁴.

Die Problematik dieser Dringlichkeitspraxis fand zunächst wenig Beachtung⁵⁵. Als aber der Anfang der dreißiger Jahre erfolgte Aus-

⁴⁶ AS 12, 161.

⁴⁷ Art. 120 BV. Das Recht zur Ergreifung der Initiative auf Totalrevision der Bundesverfassung stand 50 000 stimmberechtigten Bürgern bereits auf Grund von Art. 113 der Bundesverfassung von 1848 zu.

⁴⁸ Art. 121 BV.

⁴⁹ S. Anm. 40 hievor.

⁵⁰ AS 37, 303.

⁵¹ AS 30, 347.

⁵² Nach *Regi*, a. a. O., 56, befanden sich unter den in den Jahren 1919 bis 1938 ergangenen 293 BG und allgemein verbindlichen BB nur 31 referendumpflichtige BB.

⁵³ Vgl. *Regi*, a. a. O., 56.

⁵⁴ *Regi*, a. a. O., 57.

⁵⁵ Der Aufsatz von *Fleiner* über die Dringlichkeitsklausel (Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1927, 577) und die kritische Stellungnahme *Giacomettis* in seiner Abhandlung über das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate (Festgabe Fleiner 1927, 368 ff.) sind als Einzelercheinungen zu werten; vgl. *Pestalozzi*, Die Notgesetzgebung, 73.

bruch einer neuen Wirtschaftskrise von vorher kaum gekanntem Ausmaße⁵⁶ die Bundesbehörden veranlaßte, den dringlichen Bundesbeschluß zur Erteilung eigentlicher Wirtschafts- und Finanzvollmachten an den Bundesrat zu verwenden⁵⁷ und damit die unmittelbare Demokratie der Rechtssetzung auf der Gesetzes- und Verfassungsstufe weitgehend auszuschalten, machte sich eine allmählich immer stärker werdende Gegenströmung in der öffentlichen Meinung bemerkbar, die sich schließlich zu einer *Reihe von Volksinitiativen auf Partialrevision der Verfassung zum Schutze bzw. zur Wiederherstellung der Volksrechte verdichtete*⁵⁸.

1. Die am 29. Dezember 1934 eingereichte *Initiative zur Wahrung der Volksrechte in Steuerfragen*⁵⁹, welche die Unterschriften von 103 727 Stimmberechtigten auf sich vereinigte, wollte die Notrechtssetzung auf dem Gebiete der Steuern rundweg ausschalten. Sie stellte die unmittelbare Reaktion auf das Finanzprogramm vom 13. Oktober 1933⁶⁰ dar, das zahlreiche Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen unter Ausschaltung des obligatorischen und fakultativen Referendums für die Dauer von 4 Jahren suspendierte⁶¹, und verlangte die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 42^{bis} folgenden Wortlautes:

«1. Die Einführung und die Erhöhung von Steuern und Abgaben unterliegen der Abstimmung des Volkes, und zwar auch im Falle der Dringlichkeit. Als Abgabe in diesem Sinne gelten auch Zölle vorwiegend fiskalischer Art, nicht aber auch bloße Verwaltungsgebühren.

2. Steuern und Abgaben vorgenannter Art, die seit Erlaß des Bundesbeschlusses vom 13. Oktober 1933 über das neue Finanzprogramm des Bundes eingeführt oder erhöht wurden, sind innert einem

⁵⁶ Bereits Ende des ersten Weltkrieges war eine ernsthafte Wirtschaftskrise aufgetreten, die im Jahre 1921 ihren Höhepunkt fand und erst gegen 1924 abflaute.

⁵⁷ Vgl. *Giacometti*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, 63ff.

⁵⁸ Über weitere Revisionsvorschläge, die von einzelnen Politikern und Juristen ausgingen, vgl. die Zusammenstellungen bei *Reber*, Das Notrecht des Staates, 77ff., und bei *Malézieux*, Les pleins pouvoirs en Suisse, 127ff.

⁵⁹ Bbl. 1935 I 61. Dazu bestehen Gutachten von *Burckhardt*, vom 19. Februar 1935 (teilweise publiziert Bbl. 1948 I 1069f.; vgl. auch § 4, II, 4 hievor), und von *Salome Schneider*, vom 20. Februar 1935 (nicht publiziert).

⁶⁰ AS 49, 839.

⁶¹ Für das dem Finanzprogramm von 1933 nachfolgende Finanzprogramm 1936 vom 31. Januar 1936 (AS 52, 17) ist festgestellt worden, daß nicht weniger als 5 Verfassungsbestimmungen, sowie Bestimmungen von 23 Bundesgesetzen, 4 Bundesbeschlüssen und Statuten von 2 Versicherungskassen vorübergehend abgeändert worden sind (Bbl. 1948 I 1069; vgl. auch *Schindler*, Notrecht und Dringlichkeit, 15f.)

Jahre nach Annahme dieses Verfassungsartikels dem Volke zur Abstimmung zu unterbreiten.

3. Neue Ausgaben sind nur zulässig, wenn die erforderlichen Mittel vorhanden sind oder auf dem ordentlichen verfassungsmäßigen Wege bewilligt werden. Die Bundesversammlung kann bei Ausgabenbeschlüssen nicht über die Anträge des Bundesrates hinausgehen.»

Die Abstimmung von Volk und Ständen über diese Initiative hat bis heute nicht stattgefunden. Über die Umstände, welche zu einer derart dilatorischen Behandlung dieses Volksbegehrens und damit zu einer offensichtlichen Verletzung der Volksrechte führten, äußerte sich der Bundesrat in seiner Antwort vom 28. Februar 1947 auf die Kleine Anfrage von Nationalrat *Bircher* vom 20. Dezember 1946⁶² u. a. dahin, daß die beiden ersten Postulate der Initiative mit dem damals geltenden Fiskalnotrecht des Bundes (Finanzprogramm I und II) in unlösbarem Widerspruch gestanden hätten. Der Bundesrat habe es deshalb für seine Pflicht gehalten, mit der Abstimmung über das Volksbegehren bis zur endgültigen Finanzreform von 1938 zuzuwarten, um nicht die angesichts der schweren Wirtschaftskrise der dreißiger Jahre unternommenen großen Anstrengungen illusorisch zu machen. Entgegen den Erwartungen des Bundesrates sei nicht nur die Finanzreform von 1938 nicht zustande gekommen, sondern das auf dem Finanzprogramm beruhende Fiskalnotrecht sei weitgehend durch die auf Grund der Vollmachten 1939 erlassenen Beschlüsse des Bundesrates im Gebiete des Bundessteuerrechtes ersetzt und erweitert worden. Die außerordentlichen Verhältnisse der Kriegszeit hätten keine Gelegenheit geboten, die in der Initiative zur Diskussion gestellten Fragen zu prüfen und sie von den Räten behandeln zu lassen und zur Abstimmung zu bringen. Sie seien auch so nahe mit dem Problem der Bundesfinanzreform verbunden, daß sie zweckmäßigerweise mit dieser gemeinsam behandelt würden. Im Zuge der Vorarbeiten zu dieser Reform, die zurzeit im vollen Gange seien, werde sich auch Gelegenheit bieten, die Initiative für die Wahrung der Volksrechte mit Steuerfragen endgültig zu behandeln.

Hiezu sei ergänzend bemerkt, daß mit dem negativen Ausgang der Abstimmung vom 4. Juni 1950 über die verfassungsmäßige Neuordnung des Finanzhaushaltes des Bundes die Aussichten auf

⁶² Diese lautete: «Hält es der Bundesrat im Hinblick auf die finanzielle Lage des Landes nicht für zeitgemäß, den längst fälligen Bericht und Antrag zu der ‚Initiative zur Wahrung der Volksrechte in Steuerfragen vom Jahre 1935‘ (Beschlüsse des Nationalrates vom 25. März und des Ständerates vom 1. April 1935) endlich zu erstatten?»

eine baldige Liquidierung dieser Pendeuz von neuem geschwunden sind. Damit werden aber der Kritik an der Verschleppung von Volksbegehren neue Angriffsflächen geboten⁶³.

Andererseits steht außer Zweifel, daß durch die Einführung des neuen Artikels 89^{bis} BV, der die unmittelbare Demokratie der Rechtssetzung auch für *notrechtliche* Finanzbeschlüsse statuiert⁶⁴, die Postulate der Initiative weitgehend erfüllt sind. Es sollte daher, wenn die Initianten nicht zum Rückzug des Volksbegehrens bewegt werden können, wenigstens möglich sein, das Volk zu überzeugen, daß die Volksrechte in Steuerfragen heute auch ohne Annahme der Initiative gewahrt werden⁶⁵.

2. Das *Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit* (Revision des Artikels 113 der Bundesverfassung), vom 29. Juni 1936⁶⁶, befaßte sich nicht unmittelbar mit der Rechtsgrundlage der Notrechtssetzung. Die Initianten beabsichtigten aber, auf diesem Wege die rechtssetzenden Akte des Bundes, ausgenommen die vom Volke angenommenen, der Kontrolle des Bundesgerichts zu unterwerfen⁶⁷ und damit die Handhabung der Dringlichkeitsklausel der richterlichen Prüfung zu unterstellen⁶⁸. Dies veranlaßte den Bundesrat, sich in seinem Berichte vom 17. Sep-

⁶³ Vgl. *Giacometti*, Neue Wege der Verfassungsuntreue; *ders.*, Das Volksinitiativrecht der Eidgenossenschaft, NZZ Nr. 2156, vom 22. Oktober 1949.

⁶⁴ Vgl. §§ 25 und 26 hienach.

⁶⁵ Über mögliche neue Verletzungen der Volksrechte in Steuerfragen vgl. *Giacometti*, Die Rechtsgrundlagen des Zolltarifes, NZZ Nr. 2383, vom 8. November 1950.

⁶⁶ 58690 gültige Unterschriften; Bbl. 1936 II 555.

⁶⁷ Der Text der Initiative (neue Fassung von Art. 113, Ziff. 3 und 4 BV) lautete:

«Das Bundesgericht urteilt ferner:

1. (unverändert)

2. (unverändert)

3. Über Beschwerden von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen durch kantonale Erlasse und Verfügungen;

4. Über Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger durch die Bundesgesetzgebung und Bundesverordnungen, sowie durch kantonale Erlasse und Verfügungen. Die Beschwerde kann unter Vorbehalt der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts auch gegen eidgenössische Verfügungen gerichtet werden.

In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge, sowie die in einer Volksabstimmung angenommenen Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse für das Bundesgericht maßgebend.

In seiner Zivil- und Strafrechtspflege ist das Bundesgericht auch an die übrige Bundesgesetzgebung gebunden.»

⁶⁸ Vgl. den Bericht des Bundesrates vom 17. Sept. 1937, Bbl. 1937 III 18.

tember 1937⁶⁹ mit dem Problem der Notrechtssetzung erstmals eingehender zu befassen⁷⁰. Diese Erörterungen sollen Gegenstand einer besondern Betrachtung bilden⁷¹. Hier bleibt lediglich zu erwähnen, daß der Bundesrat die Ablehnung der Initiative ohne Gegenvorschlag beantragte. Die eidgenössischen Räte stimmten diesem Antrag mehrheitlich zu⁷², der Ständerat am 7. Dezember 1937 mit 21 Stimmen ohne Gegenstimme⁷³, der Nationalrat am 30. März 1938 mit 91 zu 12 Stimmen⁷⁴. Auch in der Abstimmung vom 22. Januar 1939 unterlag das Volksbegehren mit 347 340 verneinenden gegen 141 323 bejahende Einzelstimmen; von den Ständen sprach sich kein einziger zu seinen Gunsten aus⁷⁵.

3. Ein weiteres von der kommunistischen Partei der Schweiz am 26. August 1936 eingereichtes *Volksbegehren für die Abänderung des fakultativen Referendums*, das von 53 416 gültigen Unterschriften unterstützt wurde⁷⁶, wollte Art. 89, Abs. 2, BV in dem Sinne abändern, daß die Möglichkeit, allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse als dringlich zu erklären, ausgeschaltet worden wäre. Dafür hätten aber Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse durch die von $\frac{3}{4}$ der anwesenden Mitglieder der eidgenössischen Räte getroffene Feststellung, der betreffende Erlaß liege «im Interesse des werktätigen Volkes», der Volksabstimmung entzogen werden dürfen⁷⁷.

In einem ungewöhnlich kurz und scharf gehaltenen Bericht vom 14. September 1937⁷⁸ lehnte der Bundesrat das Volksbegehren

⁶⁹ Bbl. 1937 III 5ff.

⁷⁰ Eine mehr summarische Erörterung des Problems der Notrechtssetzung findet sich bereits im II. Neutralitätsbericht des Bundesrates vom 19. Februar 1916 (Bbl. 1916 I 122).

⁷¹ Vgl. Ziff. III hienach.

⁷² Bbl. 1938 I 561.

⁷³ Sten. Bull. StR 1937, 419f., 427.

⁷⁴ Sten. Bull. NR 1938, 262f.

⁷⁵ Bbl. 1939 I 161.

⁷⁶ Bbl. 1936 II 655.

⁷⁷ Abs. 2 von Art. 89 BV hätte folgenden Wortlaut erhalten sollen:

«Sämtliche Bundesgesetze sowie allgemein verbindlichen Bundesbeschlüsse sollen dem Volk zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von acht Kantonen verlangt wird.

Der Volksabstimmung dürfen nur solche Beschlüsse und Bundesgesetze entzogen werden, die im Interesse des werktätigen Volkes liegen, und wenn es von den eidgenössischen Räten mit $\frac{3}{4}$ der anwesenden Mitglieder beschlossen wird.»

⁷⁸ Bbl. 1937 III 1.

rundweg ab und beantragte den eidgenössischen Räten, auch von der Aufstellung eines Gegenvorschlages abzusehen. Abgesehen von allgemeinen staatspolitischen Erwägungen, welche diese von fremden Ideologien getragene Initiative als unannehmbar erscheinen lasse, schien dem Bundesrat vor allem der Umstand bedenklich, daß auch Bundesgesetze dem fakultativen Referendum sollten entzogen werden können. Die vorgeschlagene Ausnahmeklausel hätte überdies trotz ihrer völlig andern Natur sachlich viel weiter gereicht als die Dringlichkeitsklausel, an deren Stelle sie hätte treten sollen⁷⁹.

Die Beratungen in der Bundesversammlung entsprachen durchaus den Intentionen des Bundesrates⁸⁰. Beide Räte lehnten die Initiative beinahe einstimmig ab, und Volk und Stände bereiteten dem kommunistischen Begehren ihrerseits in der Abstimmung vom 20. Februar 1948 eine wuchtige Niederlage⁸¹.

4. Mehr Erfolg hatte das vom Komitee der «Richtlinienbewegung» am 1. Februar 1938 eingereichte *Volksbegehren für Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel*. 289 765 gültige Unterschriften bedeckten die Initiativbogen⁸², die forderten, daß an Stelle der Absätze 2 und 3 von Art. 89 BV folgender Text eingefügt werde:

«Bundesgesetze, sowie allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sind dem Volk zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird.

Allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, können mit Zweidrittelmehrheit der Stimmenten in jedem der beiden Räte als dringlich erklärt und damit dem Referendum entzogen werden; sie treten spätestens nach Ablauf von drei Jahren außer Kraft.

Staatsverträge mit dem Auslande, welche unbefristet oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossen sind, sind ebenfalls dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird.»

In seinem Bericht vom 10. Mai 1938⁸³ stellte der Bundesrat einleitend fest, die Initiative wolle die Möglichkeit, das Referendum durch dringliche Bundesbeschlüsse auszuschalten, in drei

⁷⁹ Bbl. 1937 III 2f.

⁸⁰ Sten. Bull. 1937, StR 240f., NR 867f., 874f.

⁸¹ Die Initiative wurde mit 488 195 gegen 87 638 Einzelstimmen und von allen Ständen verworfen.

⁸² Bbl. 1938 I 255.

⁸³ Bbl. 1938 I 717.

Richtungen einschränken: 1. durch Umschreibung der dringlichen Bundesbeschlüsse als allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, 2. dadurch, daß für die Dringlicherklärung die $\frac{2}{3}$ Mehrheit der Stimmenden in jedem Rate gefordert wird, und 3. durch eine Befristung, indem die dringlichen Bundesbeschlüsse spätestens nach drei Jahren außer Kraft treten.

Ferner äußerte sich der Bundesrat in seinem Bericht über das Verhältnis dieser Initiative zu derjenigen des Landesringes der Unabhängigen betreffend Notrecht und Dringlichkeit, vom 7. April 1938⁸⁴. Mit Recht kam er zum Schluß, daß beide Initiativen sich mit der nämlichen Verfassungsmaterie, Revision des Art. 89 BV, befaßten, wobei jedoch die vorgeschlagenen Fassungen miteinander unvereinbar seien. Gemäß Art. 15 des Bundesgesetzes vom 27. Januar 1892 über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betreffend Revision der Bundesverfassung⁸⁵ sei daher zunächst die Richtlinieninitiative zu behandeln und zur Abstimmung zu bringen, und nach ihrer Erledigung komme die Landesringinitiative an die Reihe.

Materiell folgte der Bundesrat seiner im Bericht vom 17. September 1937 über das Volksbegehren für Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit⁸⁶ dargelegten grundsätzlichen Auffassung des Notrechtes, auf die noch näher eingetreten werden soll⁸⁷. Es muß indessen schon hier erwähnt werden, daß nach der Meinung des Bundesrates grundsätzlich zwischen intrakonstitutionellem dringlichem Bundesbeschluß und dem lediglich in die Form des allgemein verbindlichen dringlichen Bundesbeschlusses zu kleidenden extrakonstitutionellen Notrechtsbeschluß zu unterscheiden war^{87a}. Da Art. 89 BV nur das intrakonstitutionelle Dringlichkeitsrecht zum Gegenstande haben konnte, kam der Bundesrat zum Schluß, auch die Richtlinieninitiative befaße sich nur mit dem Dringlichkeitsrecht und nicht auch mit dem Notrecht⁸⁸. Mit Recht bemerkt *Pestalozzi*⁸⁹, nach der Klarstellung, daß die Verfassungsrevision nur das Dringlichkeitsrecht, d. h. die intrakonstitutionelle Not-

⁸⁴ S. Ziff. 5 hienach.

⁸⁵ BS I, 169.

⁸⁶ S. Ziff. 2 hievor.

⁸⁷ Ziff. III hienach.

^{87a} Vgl. Ziff. III hienach.

⁸⁸ Bbl. 1938 I 721f. Dieser Auffassung wurde auch anläßlich der Beratungen im Nationalrat ausdrücklich beigegeben (Sten. Bull. NR 1938, 664, 673, 677).

⁸⁹ A. a. O., 77.

rechtssetzung⁹⁰, berühren sollte, habe der Bundesrat den Forderungen auf eine Präzisierung und Erschwerung der Voraussetzungen des dringlichen Bundesbeschlusses in weitgehendem Maße entgegenkommen können.

In seinem Gegenvorschlag übernahm der Bundesrat grundsätzlich die drei vorerwähnten Postulate⁹¹ der Richtlinieninitiative, milderte indessen das qualifizierte Mehr von $\frac{2}{3}$ der Stimmenden auf die Hälfte aller Mitglieder jedes der beiden Räte, mit der Begründung, daß sonst einer Minderheit die Möglichkeit geboten würde, die Dringlicherklärung und damit das rechtzeitige Inkrafttreten eines dringend notwendigen Bundesbeschlusses zu verhindern, so daß eine Minderheit von einem Drittel eines Rates befehlen würde⁹². Ferner lehnte der Bundesrat die Maximalfrist von 3 Jahren als allzu schematische Lösung ab; dagegen hielt er es für gerechtfertigt, den Grundsatz der Befristung dringlicher Bundesbeschlüsse aufzustellen⁹³, wobei er ausdrücklich von der Möglichkeit sprach, befristete dringliche Bundesbeschlüsse auch in Zukunft durch dringlichen Bundesbeschluß zu erneuern. Schließlich benützte der Bundesrat den Anlaß der Revision von Art. 89 BV, um endlich die in Abs. 1 bestehende Divergenz zwischen dem französischen Text einerseits und dem deutschen und italienischen anderseits⁹⁴ zu beseitigen, indem er vorschlug, im französischen Text von Abs. 1 die Worte «les décrets et» zu streichen⁹⁵. Dagegen ließ er den Ausdruck «arrêtés fédéraux de portée générale», der von dem im deutschen und italienischen Text verwendeten gleichfalls⁹⁶ abweicht, kommentarlos bestehen.

Aus den Beratungen der Bundesversammlung ging der Gegenvorschlag des Bundesrates sozusagen unverändert hervor. Lediglich die Wendung «können von wenigstens der Hälfte aller Mitglieder» wurde durch «können durch die Mehrheit aller Mitglieder» ersetzt. Der in der Abstimmung von Volk und Ständen am 22. Januar 1939

⁹⁰ Gemäß der in der vorliegenden Abhandlung verwendeten Terminologie.

⁹¹ Umschreibung der Dringlichkeit als zeitliche Unaufschiebbbarkeit; qualifiziertes Mehr für die Dringlicherklärung; Befristung der dringlichen Bundesbeschlüsse.

⁹² Bbl. 1938 I 726.

⁹³ Bbl. 1938 I 729.

⁹⁴ Vgl. Anm. 43 hievor.

⁹⁵ Bbl. 1938 I 734. Ohne daß davon in den Erläuterungen zum Gegenvorschlag die Rede wäre, wurde, einem Vorschlag der Initiative folgend, im italienischen Text des neuen Art. 89 der Ausdruck «risoluzione federale» (Bundesbeschluß) überall durch «decreto federale» ersetzt.

⁹⁶ Vgl. § 13, letzten Absatz, hievor.

mit 346 024 gegen 155 032 Einzelstimmen und von 21 Ständen gegen 1 angenommene⁹⁷ neue Text von Artikel 89 BV lautete somit:

«Abs. 1: Deutscher Text unverändert.

Abs. 2—4: Bundesgesetze sowie allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sind dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird.

Allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, können durch die Mehrheit aller Mitglieder in jedem der beiden Räte als dringlich erklärt werden. In diesem Falle kann die Volksabstimmung nicht verlangt werden. Die Geltungsdauer von dringlichen Bundesbeschlüssen ist zu befristen.

Staatsverträge mit dem Auslande, welche unbefristet oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossen sind, sind ebenfalls dem Volke zur Annahme oder zur Verwerfung vorzulegen, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird.»

Die Richtlinieninitiative war bereits vor der Abstimmung zugunsten des Gegenentwurfes der Bundesversammlung zurückgezogen worden⁹⁸. Dieser wurde infolgedessen als einzige Vorlage der Volksabstimmung unterbreitet.

5. Nach der Annahme des revidierten Art. 89 BV schritt der Bundesrat unverzüglich zur materiellen Behandlung des am 7. April 1938 vom Landesring der Unabhängigen eingereichten, von 55 786 gültigen Unterschriften unterstützten *Volksbegehrens betreffend Notrecht und Dringlichkeit*⁹⁹. In seinem Bericht vom 3. April 1939¹⁰⁰ mußte er sich erstmals auch mit dem Problem der verfassungsmäßigen Verankerung der extrakonstitutionellen Notrechtssetzung¹⁰¹ befassen; denn die Landesringinitiative schlug folgende Abänderung bzw. Ergänzung der Bundesverfassung vor:

a) Art. 89, Abs. 2, soll lauten:

«Bundesgesetze sowie allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse müssen überdies dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird. Die Räte können über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse auch von sich aus eine sofortige Volksabstimmung beschließen.»

⁹⁷ AS 55, 241.

⁹⁸ Bbl. 1939 I 161.

⁹⁹ Bbl. 1938 I 738.

¹⁰⁰ Bbl. 1939 I 533.

¹⁰¹ Vom Bundesrat als «Notrecht» im Gegensatz zur «Dringlichkeit» i. S. intrakonstitutioneller Notrechtssetzung bezeichnet.

b) Als Abs. 4 ist in Art. 89 einzufügen:

«Zeitlich unaufschiebbare allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse können bis zum Ablauf der Referendumsfrist und bis zu einer allfälligen Volksabstimmung provisorisch in Kraft gesetzt werden, sofern ihnen mindestens die Hälfte aller Mitglieder jedes Rates in namentlicher Abstimmung zugestimmt. Sie fallen dahin, wenn sie nicht innert 4 Monaten nach Einreichung der nötigen Unterschriftenzahl dem Volk zur Abstimmung unterbreitet und angenommen werden.»

c) Neu ist in die Bundesverfassung einzufügen der folgende Artikel 89^{bis}:

«In Zeiten einer eidgenössischen Mobilmachung können verfassungsmäßige Rechte durch allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse vorübergehend eingeschränkt werden.

In Zeiten allgemeiner Wirtschaftsnot kann durch ein der obligatorischen Volksabstimmung unterliegendes Gesetz den Räten auf die Dauer von längstens zwei Jahren die Befugnis erteilt werden, durch allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse die Handels- und Gewerbefreiheit einzuschränken und außerordentliche finanzielle Maßnahmen zu treffen, beides unter Wahrung der Rechtsgleichheit.

Die auf Art. 89^{bis} gestützten Gesetze und Bundesbeschlüsse fallen spätestens ein Jahr nach Beendigung der Mobilmachung im Sinne von Abs. 1 oder nach Ablauf des Gesetzes im Sinne von Abs. 2 dahin. Sie können dem Referendum entzogen werden, sofern ihnen mindestens die Hälfte aller Mitglieder jedes Rates in namentlicher Abstimmung zustimmt.

Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, welche unter Mißachtung der Art. 89 und 89^{bis} der Bundesverfassung erlassen wurden, sind für die Verwaltungsbehörden und Gerichte nicht verbindlich.»

Mit Bezug auf die verfassungsmäßige Verankerung des von ihm so benannten «Notrechtes» kam der Bundesrat in längeren Ausführungen zum Schluß, daß der vorgeschlagene Art. 89^{bis} nicht in ausreichendem Maße für die Erhaltung unseres Staates und damit der ganzen Verfassung Sorge¹⁰². Außer den beiden in Artikel 89^{bis} angeführten könnten noch andere Notstandsfälle vorkommen; auch bestehe die Möglichkeit, daß schon vor einer Mobilmachung oder vor Annahme eines Ermächtigungsgesetzes außerordentliche Maßnahmen unerlässlich seien. Infolge dieser Lücken müßte man sich trotz des Artikels 89^{bis} unter Umständen auf ungeschriebenes Notrecht berufen oder aber darauf verzichten, der Gefahr rechtzeitig und in wirksamer Weise zu begegnen, was verhängnisvolle Folgen haben könnte. Zu beanstanden sei ferner, daß über die inhaltlichen Schranken der Maßnahmen nach Abs. 1 und 2, insbeson-

¹⁰² Bbl. 1939 I 547.

dere über das Verhältnis zu andern Verfassungsbestimmungen als solchen über die Individualrechte eine Unklarheit bestehe, und daß in Zeiten der Wirtschaftsnot dem Notrecht zu enge Schranken gezogen wären.

Aber auch die Aufstellung eines Gegenvorschlages zum Notrechtsartikel lehnte der Bundesrat ab. Wolle man, daß der Notstandsartikel bei jedem möglichen Staatsnotstand ausreiche, so gelange man zu folgender ganz allgemeinen elastischen Fassung:

«Im Falle eines Notstandes kann die Bundesversammlung die notwendigen Maßnahmen treffen. Diese sollen von den Bestimmungen der Verfassung und der Gesetze nur so weit abweichen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist. Sie sollen nicht länger in Geltung bleiben, als notwendig ist¹⁰³.»

Eine solche vage Formulierung müßte indessen schwersten Bedenken rufen, da sie weder zu einer Einschränkung des Notrechtes noch zu einer Garantie gegen mißbräuchliche Ausschaltung der Volksrechte, sondern zu einer Ausdehnung des Notrechts führen würde.

Abschließend stellte der Bundesrat fest, daß ein Notstandsartikel die ihm zugedachte Aufgabe nicht erfüllen könne, da er entweder einer übermäßigen Ausdehnung außerordentlicher Maßnahmen Vorschub leisten, oder aber, wenn man ihn mit starren Schranken umgebe, unter Umständen lebenswichtige Maßnahmen verhindern würde; es sei denn, daß er dann unter Berufung auf ungeschriebenes Notrecht überschritten werde¹⁰⁴.

Zu den übrigen Postulaten der Landesringinitiative bemerkte der Bundesrat, daß, nachdem am 22. Januar 1939 eine Reform des dringlichen Bundesbeschlusses im Sinne der Einschränkung der Anwendung der Dringlichkeitsklausel zustande gekommen sei, kein Bedürfnis bestehe, den Art. 89 der Bundesverfassung neuerdings zu revidieren¹⁰⁵.

Nachdem die eidgenössischen Räte dem Antrag des Bundesrates auf Ablehnung der Landesringsinitiative diskussionslos zugestimmt hatten¹⁰⁶, wurde das Volksbegehren am 11. Oktober 1940 zurückgezogen^{106a} und gelangte somit nicht vor die Abstimmung von Volk und Ständen.

¹⁰³ A. a. O., 548.

¹⁰⁴ A. a. O., 550.

¹⁰⁵ A. a. O., 554.

¹⁰⁶ Der Nationalrat am 19. Juni 1939 (Sten. Bull. 1939, 495), der Ständerat am 20. Juni 1939 (Sten. Bull. 1939, 519).

^{106a} Bbl. 1940, 1499.

III. Die verschiedenen Initiativen betreffend die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, die Revision des Artikels 89 BV sowie die Einführung eines besondern Notrechtsartikels veranlaßten den Bundesrat, sich eingehend mit der Frage der *dringlichen Bundesbeschlüsse und der Notrechtssetzung* zu befassen. In seinem Bericht an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁰⁷ vom 17. September 1937¹⁰⁸ führte er darüber u. a. folgendes aus¹⁰⁹:

«Die Form, in der die Bundesversammlung in Notlagen dringliche Anordnungen treffen kann, ist der *dringliche Bundesbeschluß*. Dringlich zu erklären sind Bundesbeschlüsse, die den mit dem fakultativen Referendum verbundenen Aufschub nicht ertragen. Dringlichkeit setzt somit eine Gefahr im Verzuge voraus; es gilt durch rasches Handeln erheblichen Schaden zu verhüten. Die Dringlichkeit muß also eine zeitliche sein. In der letzten Zeit ist gelegentlich mit einem Begriff «materielle Dringlichkeit» operiert und versucht worden, diese der zeitlichen gegenüberzustellen und so zwei verschiedene Arten von Dringlichkeit zu unterscheiden. Richtig ist nur, daß in der Dringlichkeit auch ein gewisses materielles Moment steckt. Dies liegt im Erfordernis, daß Gefahr im Verzuge sei. Hält man nämlich eine solche für unwichtig oder unnötig, so wird man eben den Aufschub in Kauf nehmen können oder vielleicht von der Maßnahme ganz absehen. Insofern kann nur etwas, das sachlich als notwendig und einigermaßen wichtig befunden wird, dringlich sein; aber zu diesem materiellen Moment muß immer auch das zeitliche Moment hinzukommen, ohne dessen Vorhandensein die Dringlichkeit verneint werden muß.

Bei der Frage, ob ein Bundesbeschluß den mit dem Referendum verbundenen Aufschub erträgt, fallen nicht nur die 90 Tage der Referendumsfrist in Betracht, sondern auch die Zeit, die nach dem Zustandekommen des Referendums notwendigerweise bis zum Zeitpunkt der Volksabstimmung noch verstreicht. Der ordentliche Gesetzgebungsweg ist aber nicht nur aus diesem Grunde, sondern auch deshalb langsam, weil in den Räten zwar die Vorlage eines dringlichen Bundesbeschlusses in der Regel eine beschleunigte Behandlung erfährt, ein ordentliches Gesetz dagegen einer gründlichen Erdauerung unterzogen wird, was lange Zeit in Anspruch nimmt. Noch schwerfälliger ist der normale Weg der Rechtssetzung da, wo dem Erlaß des Bundesgesetzes eine Verfassungsrevision vorgehen muß. Der dringliche Bundesbeschluß ist eine beweglichere Form. In der Regel darf allerdings ein Bundesbeschluß Bestimmungen eines Bun-

¹⁰⁷ S. Ziff. II, 2, hievor.

¹⁰⁸ Bbl. 1937 III 5.

¹⁰⁹ Bbl. 1937 III 21 f.

desgesetzes nicht abändern oder aufheben. Von dieser Regel gibt es aber eine Ausnahme; im Falle eines Notstandes ist nämlich eine zeitweilige Abweichung von Bundesgesetzen statthaft, wo die Notlage sie gebieterisch erheischt. Es handelt sich da immer bloß um eine zeitweilige Ausschaltung von bundesgesetzlichen Normen, nicht um eine bleibende Aufhebung oder Abänderung. Ebenso verhält es sich mit Abweichungen eines dringlichen Bundesbeschlusses von Verfassungsbestimmungen im Notfall.

Oft ist auch der dringliche Bundesbeschluß noch zu langsam und nicht beweglich genug, um der Notwendigkeit eines raschen Handelns zu genügen. Deshalb beschränken sich manche dringlichen Bundesbeschlüsse darauf, den Bundesrat innert gewissen Schranken zu gewissen Maßnahmen, u. a. zum Erlaß von Rechtssätzen zu ermächtigen.

Weil das Notrecht nur eine zeitweilige Geltungsdauer hat, ist auch die Befürchtung unbegründet, der dringliche Bundesbeschluß werde allmählich zur normalen Form der Rechtssetzung im Bunde.»

Versucht man, die vorstehenden Äußerungen des Bundesrates zum Problem des dringlichen Bundesbeschlusses und der Notrechtssetzung zu analysieren, so wird man zunächst feststellen, daß der Bundesrat unter «Notrecht» nicht etwa den Erlaß eines dringlichen Bundesbeschlusses schlechthin versteht, sondern in erster Linie die üblicherweise in Form des dringlichen Bundesbeschlusses ergehende extrakonstitutionelle Notverordnung der Bundesversammlung. Der Bundesrat unterscheidet nun aber nicht zwischen intrakonstitutionellen dringlichen Bundesbeschlüssen und der lediglich in die Form des dringlichen Bundesbeschlusses gekleideten extrakonstitutionellen Notrechtssetzung¹¹⁰; er zählt vielmehr auch solche dringliche Bundesbeschlüsse, die bundesgesetzliche Normen zeitweilig ausschalten, zum «Notrecht». Diese etwas komplizierte Unterscheidung zwischen Dringlichkeit und Notrecht ist auf die von *Burckhardt*¹¹¹ verfochtene These zurückzuführen, wonach Bundesgesetze durch allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse korrekterweise nicht abgeändert werden dürften. *Burckhardt* muß immerhin selbst zugeben¹¹², daß die von ihm verfochtene dreifache Abstufung der formellen Geltungskraft nach Gesetz, allgemeinverbindlichem Bundesbeschluß und einfachem Bundesbeschluß verwirrt sei und in der Praxis nicht eingehalten werde.

Sieht man von der eben erwähnten Unklarheit in der Ausscheidung von Dringlichkeit und Notrecht ab, so scheint im großen und

¹¹⁰ Wie dies z. B. *Schindler*, Notrecht und Dringlichkeit, 12, tut.

¹¹¹ Komm. BV 706f.

¹¹² A. a. O., 711.

ganzen nur noch die verwendete *Terminologie* kritikabel; denn es ist in der Tat nicht recht einzusehen, warum die Dringlicherklärung eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses nicht als Notrechtssetzung bezeichnet werden sollte, stellt sie doch formal betrachtet nichts anderes als eine Kompetenzverschiebung dar, indem anstelle der unmittelbar demokratischen Rechtssetzung i.S. des fakultativen Referendums diejenige des Parlaments tritt¹¹³. In allen übrigen Belangen wird man dem Bundesrat jedoch ohne weiteres beipflichten können, so insbesondere, wenn er darauf hinweist, daß die Dringlichkeit eine zeitliche sein müsse und daß der Begriff der «materiellen Dringlichkeit» abzulehnen sei. Richtig ist auch die Auffassung, daß das Notrecht nur eine zeitweilige Geltungsdauer haben könne¹¹⁴. Auf die Bagatellisierung der Dringlichkeitspraxis soll in diesem Zusammenhang nicht eingetreten werden¹¹⁵.

Daß der Bundesrat die Kompetenz der Bundesbehörden zur Setzung von Notrecht auch ohne verfassungsmäßige Grundlage bejaht, bedarf keiner besondern Erörterung¹¹⁶. Bemerkenswerter sind wohl die Bedenken, die der Bundesrat gegen die Aufnahme eines Notrechtsartikels in die Bundesverfassung äußerte¹¹⁷. Im Anschluß an die Verhandlungen am schweizerischen Juristentag von 1934¹¹⁸ führte er aus, daß ein Notstandsartikel äußerst gefährlich sei und auch bei vorsichtigster Formulierung sogar zu einem Leck in der Verfassung werden könne, das die Freiheitsrechte zum Sinken brächte. Es sei besser, daß die Bundesbehörden ihre Notstandsmaßnahmen im vollen Bewußtsein ihrer Verantwortlichkeit ergreifen; ohne einen ausdrücklichen Verfassungsartikel würden sie sich

¹¹³ Vgl. *Giacometti*, Rechtsstaat und Notrecht, 213.

¹¹⁴ Da das Merkmal der zeitlich beschränkten Geltungsdauer auch dem dringlichen Bundesbeschluß, der weder Verfassungs- noch Gesetzesrecht tangiert, zukommen sollte, ist nicht recht einzusehen, warum gerade ihm das Prädikat «Notrecht» verwehrt werden soll.

¹¹⁵ Vgl. den Standpunkt des Bundesrates in dieser Frage im Bbl. 1937 III 21 ff., 1938 I 722 f. und 1948 I 1063 ff.; ferner F. *Weber*, Koordination der Gesetzgebung im Hinblick auf Gesetzestechnik und Gesetzesredaktion, ZSR n. F. 69, 251 ff., insbesondere 253 ff. Die gegenteilige Meinung hinsichtlich der Tragweite der Dringlichkeitspraxis wird vertreten von *Giacometti*, Rechtsverordnungsrecht 373 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis 52 ff.; *ders.*, Verfassungslage 11 ff.; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 782 ff.; *Regi*, a. a. O., 54 ff.; *Sulzer*, Der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß, 71 ff., 126. *Pestalozzi*, Die Notgesetzgebung, 94.

¹¹⁶ Der Bundesrat hätte sich sonst selber eines Rechtsbruches schuldig erklären müssen.

¹¹⁷ Bbl. 1939 I 539.

¹¹⁸ ZSR n. F. 53, 279 a ff.

eher auf Fälle beschränken, in denen ein Notstand wirklich vorliege; ein Notstandsartikel sei für die Behörden ein sehr bequemes Mittel, um Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen; die Gefahr einer extensiven Auslegung eines Notstandsartikels könne nicht von der Hand gewiesen werden. Werde das Notrecht in der Verfassung ausdrücklich vorgesehen, so würde geltend gemacht werden, es sei ein verfassungsmäßiges Institut und die Bundesversammlung sei verpflichtet, von diesen außerordentlichen Kompetenzen Gebrauch zu machen. Die Begehrlichkeit der Interessenten würde stark zunehmen; diese würden den Notstandsartikel anrufen und noch mehr außerordentliche Maßnahmen fordern als bisher.

Der Bundesrat kam mithin zum Ergebnis, daß ein Notstandsartikel die ihm zugedachte Aufgabe nicht erfüllen könne¹¹⁹. Diese schroffe Ablehnung eines Notstandsartikels bedarf indessen noch einer kritischen Würdigung. Es ist zuzugeben, daß die Kompetenz zur Notrechtssetzung wie jede andere Kompetenz mißbraucht werden kann. Andererseits ist der Umstand, daß eine von den Behörden beanspruchte Kompetenz in der Verfassung nicht verankert worden ist, nicht unbedingt eine Garantie für eine wirklich zurückhaltende Handhabung derselben. Wohl aber kann ein Notrechtsartikel immerhin gewisse Kautelen gegen eine allzu large Notrechtssetzung vorsehen, sei es, daß er das Verfahren, ohne es irgendwie zu verlangsamen, in formeller Hinsicht erschwert (qualifiziertes Mehr), sei es, daß die betreffenden Notverordnungen nachträglich einer andern Instanz zur Prüfung vorgelegt werden müssen¹²⁰. Die Erfahrung hat jedenfalls gezeigt, daß die Dringlichkeitspraxis der Bundesbehörden seit Einführung des Artikels 89^{bis} BV am 11. September 1949 erheblich zurückhaltender geworden ist.

§ 15. Der Notrechtsbeschluß der Bundesversammlung

I. In seinem Bericht vom 3. April 1939 über das Volksbegehren betr. Notrecht und Dringlichkeit¹²¹ hatte der Bundesrat u. a. ausgeführt, daß er die von der Initiative vorgeschlagene Ausbildung einer *besondern Form von Erlassen für die Notmaßnahmen* (Abtrennung von den dringlichen Bundesbeschlüssen) nicht als notwendig erachte. Demgemäß schlug er in seiner Botschaft über

¹¹⁹ Vgl. dazu auch *Pestalozzi*, a. a. O., 81 ff.

¹²⁰ Vgl. z. B. Art. 5 des Vollmachtenbeschlusses von 1939 (parlamentarische Kontrolle) und Art. 89^{bis}, Absätze 2 und 3, BV (fakultatives bzw. obligatorisches Referendum).

¹²¹ Bbl. 1939 I 551.

Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 29. August 1939¹²² vor, Artikel 6 des Vollmachtenbeschlusses wie folgt zu fassen:

«Dieser Bundesbeschluß wird dringlich erklärt und tritt sofort in Kraft.»

Hiezu erklärte er lediglich, er brauche sich über die Dringlicherklärung und die sofortige Inkraftsetzung des Bundesbeschlusses nicht weiter zu verbreiten. Der Nationalrat strich jedoch, einem Antrag seiner Kommission folgend, diese Klausel, und zwar mit folgender Begründung¹²³: «Als Ermächtigungsvorlage stützt sie sich auf die *Lex non scripta*, auf das nicht geschriebene Gesetz des Notrechts, das so alt ist wie die Staatsrechtslehre selbst und auf das kein Staat in Zeiten innerer und äußerer Gefahr, ohne sich selbst preiszugeben, wird verzichten können. Dieses ungeschriebene Notrecht — und nicht etwa das Dringlichkeitsrecht des Art. 89 BV — ist die Grundlage der zur Beratung stehenden Vorlage. Aus diesem Grunde hat denn auch Ihre Kommission, mit Zustimmung des Bundesrates, den letzten Artikel des Bundesbeschlusses abgeändert, um deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß es sich hier nicht um Dringlichkeitsrecht, sondern um eigentliches Notrecht handelt». Im Ständerat¹²⁴ wurde die Frage der Dringlichkeitsklausel nicht ausdrücklich berührt.

Die Schaffung einer besonderen Kategorie von Notrechtsbeschlüssen ist von verschiedener Seite kritisiert worden¹²⁵. Man kann sich indessen in guten Treuen fragen, ob die Bundesversammlung nicht gut daran getan hat, den Vollmachtenbeschluß von den dringlichen Bundesbeschlüssen zu lösen. Wie bereits erwähnt¹²⁶, führte die Revision von Art. 89 BV vom 22. Januar 1939 die Vorschrift ein, daß die dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse zu

¹²² Bbl. 1939 II 213.

¹²³ Sten. Bull. NR 1939, 522 (Votum des Berichterstatters der nationalrätlichen Kommission, *Niellispach*).

¹²⁴ Sten. Bull. StR 1939, 545.

¹²⁵ So von *Schindler*, a. a. O., 13f., der die Rechtsnatur des Bundesbeschlusses vom 30. August 1939 in Frage zieht. Vgl. ferner *Giacometti*, Vollmachtenregime, 16f., der bezweifelt, ob der Vollmachtenbeschluß als Bundesbeschluß *sui generis*, gewissermaßen als «Superbundesbeschluß» qualifiziert werden könne. Vgl. ferner *Pestalozzi*, a. a. O., 95f., der den Präzedenzfall des Bundesbeschlusses vom 30. August 1939 begrüßt, jedoch findet, daß hier nicht von einem einfachen Bundesbeschluß gesprochen werden sollte, sondern daß eine besondere Benennung derartiger Beschlüsse als außerordentliche Bundesbeschlüsse oder auch als Notverordnungen der Bundesversammlung vorzuziehen wäre.

¹²⁶ § 14, II, 4, hievor.

befristen seien. Es wäre jedoch kaum angegangen, den Vollmachtenbeschuß, über dessen Dauer größte Ungewißheit bestand, zu befristen¹²⁷. Der Bundesrat hat sich deshalb über die ausdrückliche Vorschrift in Art. 89, Abs. 3, letzter Satz, BV hinweggesetzt und den mit der Dringlichkeitsklausel versehenen Entwurf nicht befristet. Wollte man vermeiden, die eben erst eingeführte verfassungsmäßige Neuordnung des Dringlichkeitsrechtes von Anfang an zu kompromittieren, so blieb in der Tat nichts anderes übrig, als die Erteilung der Vollmachten in eine neue Beschlußform zu kleiden¹²⁸. Zu bedauern ist, daß diese Beschlußform nicht etwas solennere ausgestaltet worden ist; es hätte mindestens eine Form gefunden werden sollen, die sich von derjenigen des einfachen Bundesbeschlusses deutlich unterscheidet und nicht nur im Ingeß, sondern in der Bezeichnung oder in einem besondern Artikel den außerordentlichen Charakter des Beschlusses zum Ausdruck bringt.

Wie dem auch sei, die Bundesbehörden haben seither die Meinung vertreten, der Bundesbeschluß vom 30. August 1939 habe eine neue Praxis eingeleitet, indem nunmehr der dringliche Bundesbeschluß ausschließlich dem Erlaß intrakonstitutioneller Notverordnungen reserviert sei, während die extrakonstitutionellen Notverordnungen in die Form des Notrechtsbeschlusses gekleidet werden mußten¹²⁹.

II. Inhaltlich stellte der Vollmachtenbeschluß die Fortsetzung einer *Tradition* dar, die sich bis auf das Jahr 1859 zurückverfolgen

¹²⁷ Wiewohl bei Fortdauer des Krieges, d. h. der Notlage, einer Erneuerung durch gleichlautenden dringlichen Bundesbeschluß, der wiederum zu befristen gewesen wäre, nichts im Wege gestanden hätte; vgl. Bbl. 1938 I 728.

¹²⁸ Für die Weglassung der Dringlichkeitsklausel mag auch der Umstand gesprochen haben, daß ausgerechnet in jenem Zeitpunkt eine gesetzliche Regelung des Verfahrens der Dringlicherklärung pendent war. Mit Botschaft vom 9. Juni 1939 betreffend das Verfahren bei der Aufnahme der Dringlichkeitsklausel in die Bundesbeschlüsse (Bbl. 1939 I 965) hatte der Bundesrat eine entsprechende Ergänzung des BG vom 9. Oktober 1902 über den Geschäftsverkehr zwischen Nationalrat, Ständerat und Bundesrat vorge schlagen. Das Bundesgesetz, das die Einfügung des Art. 7^{bis} in das Geschäftsverkehrsgesetz statuierte, wurde erst am 21. September 1939 verabschiedet (AS 56, 157); vgl. auch § 23 hienach.

¹²⁹ In diesem Sinne spricht sich ein nicht publizierter Bericht des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 10. November 1949 aus. Vgl. ferner die bundesrätlichen Zwischenberichte vom 30. November 1946 betreffend den Abbau der Kriegsgewinnsteuer und deren Ersetzung durch eine zusätzliche Wehrsteuer (Bbl. 1946 III 760) und vom 14. Mai 1947 betreffend die Ausgleichsabgabe auf Elektrokesselernergie (Bbl. 1947 II 218f.) sowie die Botschaft vom 22. Juli 1949 betreffend die Übergangsordnung des Finanzhaushaltes des Bundes (Bbl. 1949 II 93).

läßt. So enthält der Bundesbeschluß vom 5. Mai 1859 betreffend die neutrale Stellung der Schweiz¹³⁰ in Art. 1¹³¹ bereits die Bestätigung einer vom Bundesrat abgegebenen Neutralitätserklärung¹³². Art. 2 befaßt sich, entsprechend Art. 2 des Vollmachtenbeschlusses von 1939, mit dem vom Bundesrat erlassenen Truppenaufgebot, Art. 3 mit den vom Bundesrat zu treffenden Verteidigungsmaßregeln¹³³. Art. 4 deckt sich inhaltlich genau mit Art. 4 des Vollmachtenbeschlusses von 1939. Art. 6 betreffend die Rechenschaftsablage durch den Bundesrat¹³⁴ entspricht Art. 5, Abs. 1, des Vollmachtenbeschlusses von 1939. Weggefallen ist im Vollmachtenbeschluß von 1939 lediglich die Bestimmung über die Ernennung des Oberbefehlshabers¹³⁵, wogegen neu das Recht der Bundesversammlung, die vom Bundesrat getroffenen Maßnahmen zu genehmigen in Art. 5, Abs. 2, und die Bestellung ständiger Vollmachtenkommissionen in Art. 6 statuiert wurde¹³⁶.

Die lange Tradition der Vollmachtenbeschlüsse kommt auch darin zum Ausdruck, daß im Titel des Beschlusses von 1939 die veraltete¹³⁷ Wendung «Aufrechthaltung der Neutralität» an Stelle von «Aufrechterhaltung der Neutralität» gebraucht wird¹³⁸.

¹³⁰ AS a. F. VI 239.

¹³¹ S. § 12, II, 4, hievor.

¹³² Vgl. Art. 1 des Vollmachtenbeschlusses von 1939, welcher den Bundesrat zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung ermächtigt.

¹³³ Von denen der Bundesrat im Jahre 1859 freilich keinen nennenswerten Gebrauch machen mußte.

¹³⁴ Vgl. *Pestalozzi*, a. a. O., 107.

¹³⁵ Eine analoge Bestimmung enthielt noch der BB vom 16. Heumonats 1870; s. § 12, II, 6, hievor. Dagegen hatte der Vollmachtenbeschluß von 1914 (AS 30, 347) diese Bestimmung bereits fallen gelassen.

¹³⁶ Diese beiden Neuerungen waren auch im Vollmachtenbeschluß von 1914 noch nicht enthalten; vgl. dazu Markus *Hefti*, Rechtsstellung und Tätigkeit der Vollmachtenkommission der eidgenössischen Räte im zweiten Weltkrieg und in der Nachkriegszeit, Diss. Zürich 1949.

¹³⁷ Schon der BB vom 5. Mai 1859 (§ 12, II, 4, hievor) spricht in Art. 3 von der «Aufrechthaltung» der Neutralität; vgl. auch den Titel des BB vom 16. Heumonats 1870 (§ 12, II, 7, hievor) und des BB vom 3. August 1914 (AS 30, 347).

¹³⁸ Daß diese Wendung dem heutigen Sprachgebrauch nicht mehr entspricht, zeigen die unzähligen Fehlzitate in der Literatur. Schon *v. Waldkirch* zitiert den Vollmachtenbeschluß von 1914, dem seine Monographie über die Notverordnungen gewidmet ist, durchwegs falsch (vgl. z. B. a. a. O., 30); ebenso *Sulzer*, a. a. O., 104; *Pestalozzi*, a. a. O., 95; *Fleiner*, BStR, 217; *Burckhardt*, Komm. BV, 670; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 786; richtig dagegen *Giacometti*, Vollmachtenregime. Die Bundeskanzlei hat ihrerseits streng darauf gehalten und es auch durchgesetzt, daß der Vollmachtenbeschluß von

**§ 16. Die Volksbegehren vom 23. und 27. Juli 1946 für die Rückkehr
zur direkten Demokratie**

I. Das am 23. Juli 1946 eingereichte *Volksbegehren für die Rückkehr zur direkten Demokratie* vereinigte 55 796 gültige Unterschriften auf sich¹³⁹ und verlangte die Aufhebung von Art. 89, Abs. 3, BV und dessen Ersetzung durch einen neuen Artikel 89^{bis} ¹⁴⁰.

In seinem Berichte vom 22. Februar 1948¹⁴¹ empfahl der Bundesrat den eidgenössischen Räten, das Volksbegehren Volk und Ständen ohne Gegenvorschlag mit dem Antrag auf Verwerfung zur Abstimmung zu unterbreiten. Dieser Bericht erregte wegen seines landesväterlichen Tones und seiner unzulänglichen Begründung des Mißbrauches der Dringlichkeitsklausel¹⁴² in der Öffentlichkeit starken Anstoß¹⁴³ und wurde auch von wissenschaftlicher Seite gebührend gewürdigt¹⁴⁴. Dennoch stimmten die eidgenössischen Räte dem bundesrätlichen Antrag zu, der Nationalrat am 22. September 1948 mit 110 gegen 13 Stimmen¹⁴⁵, der Ständerat am 8. Februar 1949 mit 19 gegen 1 Stimme¹⁴⁶.

In der Abstimmungskampagne wurde das Volksbegehren von den großen Parteien und Verbänden bekämpft, wenn auch ohne besondere Leidenschaft¹⁴⁷. Die Abstimmung vom 11. September 1949, an der sich lediglich 42,5% der Stimmberechtigten beteiligten, führte jedoch zur unerwarteten Annahme des Volksbegehrens, indem sich 280 755 Stimmberechtigte sowie 11³/₂ Stände dafür und nur 272 599 Stimmberechtigte sowie 8³/₂ Stände dagegen aussprachen¹⁴⁸.

II. Nur 4 Tage nach dem ersten Volksbegehren betreffend Rückkehr zur direkten Demokratie, d. h. am 27. Juli 1946, wurde ein *zweites Volksbegehren betreffend Rückkehr zur direkten Demokratie*

1939 in den Ingressen der vielen hundert Vollmachtenerlasse des Bundesrates richtig zitiert wurde.

¹³⁹ Bbl. 1946 III 31.

¹⁴⁰ Der Wortlaut von Art. 89^{bis} ist in § 18 hienach wiedergegeben.

¹⁴¹ Bbl. 1948 I 1054.

¹⁴² Vgl. § 5, I, hievor.

¹⁴³ Vgl. den «Eine anfechtbare Botschaft» betitelten redaktionellen Artikel in der NZZ Nr. 697 vom 3. April 1948.

¹⁴⁴ *Fleiner/Giacometti*, BStR, 783, Anm. 23, 785, Anm. 28, und 789, Anm. 7.

¹⁴⁵ Sten. Bull. NR 1948, 315.

¹⁴⁶ Sten. Bull. StR 1949, 31f., 58.

¹⁴⁷ Vgl. die redaktionellen Artikel «Die Gesetzgebung in Notzeiten» und «Weder dringlich noch nützlich» in der NZZ Nr. 1797 vom 5. und Nr. 1804 vom 6. September 1949.

¹⁴⁸ Bbl. 1949 II 581.

eingereicht, das mit 54 552 gültigen Unterschriften zustande gekommen war¹⁴⁹.

Dieses zweite Volksbegehren verlangte die Aufnahme einer Übergangsbestimmung zu Art. 89^{bis} folgenden Wortlautes in die Bundesverfassung:

«Alle vor Annahme des Art. 89^{bis} als dringlich erklärten Bundesbeschlüsse sowie der Bundesbeschluß vom 30. August 1939 über Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechthaltung der Neutralität (Vollmachtenbeschluß) treten mit den gestützt darauf erlassenen oder sie abändernden gesetzlichen Bestimmungen spätestens am 20. August 1947 außer Kraft.»

In seinem Bericht vom 29. Juli 1948¹⁵⁰ stellte sich der Bundesrat zunächst die Frage, ob es zulässig sei, daß er seinen Antrag mit Botschaft publiziere, bevor das erste Volksbegehren betreffend Rückkehr zur direkten Demokratie die Abstimmung passiert habe oder sonst erledigt sei. Dabei kam er zum Schluß, daß Art. 15 des BG vom 27. Januar 1892 über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. die Revision der Bundesverfassung¹⁵¹, der die gleichzeitige Behandlung zweier die nämliche Materie betreffenden Volksbegehren verbietet, diesem Vorgehen nicht entgegenstehe.

In sachlicher Hinsicht machte der Bundesrat darauf aufmerksam, daß die in der vorgeschlagenen Übergangsbestimmung festgesetzte Frist vom 20. August 1947 bereits überschritten sei, so daß man die Frage aufwerfen könnte, ob nicht die Erreichung des Zweckes unmöglich, die Initiative also hinfällig geworden sei. Verneine man das, so komme wohl nur die rückwirkende Aufhebung der Erlasse auf jenen Zeitpunkt in Betracht, was zu einer unbeschreiblichen Rechtsverwirrung, zu großen Unbilligkeiten und zu einer schweren Erschütterung der Wirtschaft und der Rechtssicherheit führen müßte. Dieser Schwierigkeit könne freilich in einem Gegenvorschlag durch Festsetzung eines spätern Zeitpunktes Rechnung getragen werden.

Im weitem stellte der Bundesrat fest, daß die Initiative ihrem Wortlaut nach zwischen dringlichen Bundesbeschlüssen und Notrechtsbeschlüssen einen Unterschied mache, indem sie neben jenen einen Notrechtsbeschluß, nämlich denjenigen betreffend die Erteilung außerordentlicher Vollmachten an den Bundesrat speziell nenne. Das lasse darauf schließen, daß sie die Notrechtserlasse nicht zu

¹⁴⁹ Bbl. 1946 III 35.

¹⁵⁰ Bbl. 1948 II 980.

¹⁵¹ BS I, 169.

den dringlichen Bundesbeschlüssen rechnen wolle und daß daher nur der besonders genannte von der Initiative betroffen werden solle. In diesem Falle würden jedoch Zweifel darüber entstehen, ob Bundesbeschlüsse, die mit der Dringlichkeitsklausel versehen sind, auch dann darunter fielen, wenn sie Notrecht darstellten.

Unzutreffend war zweifellos die Annahme des Bundesrates, eine ausdrückliche Ausdehnung der Initiative auf alle Notrechterlasse stelle nur eine halbe Maßnahme dar, da neue Notrechtsbeschlüsse immer wieder gefaßt werden könnten. Denn die Erzeugung von Notrecht bildete ja gerade Gegenstand des ersten Volksbegehrens betr. Rückkehr zur direkten Demokratie¹⁵².

Als durch die vorgeschlagene Übergangsbestimmung zu Art. 89^{bis} nicht betroffen erachtete der Bundesrat die alten Notrechtsbeschlüsse, die er, gestützt auf die Vollmachten des Jahres 1914, auf den Bundesbeschluß vom 14. Oktober 1933 über wirtschaftliche Maßnahmen gegenüber dem Ausland¹⁵³ sowie auf den Bundesbeschluß vom 29. September 1936 über wirtschaftliche Notmaßnahmen¹⁵⁴ erlassen hatte. Zweifel äußerte er sodann hinsichtlich der Wirksamkeit der Übergangsbestimmung gegenüber dem Bundesbeschluß vom 6. Dezember 1945 über den Abbau der außerordentlichen Vollmachten des Bundesrates¹⁵⁵.

Im Verlaufe seiner weiteren Ausführungen kam der Bundesrat zum Schluß, daß im Falle der Annahme des Volksbegehrens 19 dringliche Bundesbeschlüsse, die seit 1874 gefaßt worden waren und noch in Geltung standen, dahinfallen würden. Es ist nicht uninteressant, festzustellen, daß von diesen 19 dringlichen Bundesbeschlüssen 2 aus der Zeit vor dem ersten Weltkrieg, 9 aus der Zeit des ersten Weltkrieges bis zur Revision des Art. 89 BV vom 22. Januar 1939 und 8 aus den Jahren 1939 ff. stammten. Ferner wären 118 Vollmachtenbeschlüsse, die im Zeitpunkt der Ausarbeitung des Berichtes noch in Kraft standen, gleichfalls von der Initiative betroffen worden.

Aus diesem Grunde kam der Bundesrat dazu, den eidgenössischen Räten die Ablehnung des Volksbegehrens vorzuschlagen; er sah auch von der Ausarbeitung eines Gegenvorschlages ab mit der Begründung, daß der Abbau des Notrechtes ohnehin mit aller

¹⁵² Dies ist freilich von den Wortführern des Initiativkomitees in den eidgenössischen Räten bestritten worden; vgl. Sten. Bull. NR 1948, 322, Spalte 2 (Votum *Chaudet*), Sten. Bull. StR 1949, 45, Spalte 1 (Votum *Muheim*).

¹⁵³ AS 49, 811.

¹⁵⁴ AS 52, 749.

¹⁵⁵ AS 61, 1049.

Energie geführt werde. Da der Bundesrat seine endgültige Stellungnahme zur Initiative davon abhängig machen mußte, ob das erste Volksbegehren vom 23. Juli 1946 betr. Rückkehr zur direkten Demokratie angenommen oder abgelehnt wurde, unterbreitete er den eidgenössischen Räten nachstehende 2 Eventualvorschläge:

- a. für den Fall, daß die erste Initiative in der Volksabstimmung abgelehnt würde, empfahl er der Bundesversammlung, in einem Bundesbeschluß festzustellen, daß die zweite Initiative hinfällig geworden sei und dem Volk und den Ständen nicht zur Abstimmung vorgelegt werde;
- b. für den Fall, daß die erste Initiative von Volk und Ständen angenommen werde, empfahl er dagegen, die zweite Initiative dem Volk und den Ständen mit dem Antrag auf Verwerfung und ohne einen Gegenvorschlag vorzulegen.

III. Nachdem das erste Volksbegehren betr. Rückkehr zur direkten Demokratie am 11. September 1949 angenommen worden war, beschloß die mit der Vorberatung des bundesrätlichen Berichtes zur zweiten Initiative betraute nationalrätliche Kommission am 16./17. November 1949¹⁵⁶, dem Nationalrat zu beantragen, der Bundesrat sei einzuladen, in Ergänzung seines Berichtes vom 29. Juli 1948 die Frage zu prüfen und Antrag zu stellen, ob ein *Gegenentwurf* aufgestellt werden solle. Diesem Antrag stimmte der Nationalrat am 7. Dezember 1949 stillschweigend zu¹⁵⁷.

In seinem Ergänzungsbericht vom 5. Mai 1950 an die Bundesversammlung betr. das zweite Volksbegehren für die Rückkehr zur direkten Demokratie¹⁵⁸ beantragte der Bundesrat nunmehr den Erlass eines Bundesbeschlusses über die Aufhebung der außerordentlichen Vollmachten des Bundesrates, der die Kompetenzen des Bundesrates auf Grund des Bundesbeschlusses vom 6. Dezember 1945 über den Abbau der außerordentlichen Vollmachten¹⁵⁹ auf ein Minimum beschränkte und im übrigen bestimmte, daß die auf Grund der Vollmachtenbeschlüsse von 1945 ergangenen Bundesratsbeschlüsse auf Ende des Jahres 1952 außer Kraft träten, soweit sie nicht vorher durch Bundesbeschlüsse bestätigt würden, die gemäß Art. 89, Abs. 2 oder Art. 89^{bis} BV erlassen würden^{159a}. Aus-

¹⁵⁶ NZZ Nr. 2371 vom 17. November 1949.

¹⁵⁷ Sten. Bull. NR 1949, 896.

¹⁵⁸ Bbl. 1950 I 1025.

¹⁵⁹ BS I, 88.

^{159a} In Anbetracht der herrschenden Mißstimmung gegen das Vollmachtenregime, die sich u. a. in der Annahme des Artikels 89^{bis} BV am 11. September 1949 manifestiert hatte, war dieser Vorschlag des Bundes-

zunehmen seien jedoch diejenigen Bundesratsbeschlüsse, die bezweckten, die Durchführung zwischenstaatlicher Abkommen zu sichern oder deren Geltung durch internationale Beziehungen bedingt sei. Sie sollten weiterhin in Kraft bleiben, solange die Umstände es erforderten.

Diesem Antrag stimmte der Nationalrat am 26. September, der Ständerat am 18. Dezember 1950 zu^{159b}.

IV. Mit Bezug auf das *Verhältnis zwischen seiner Vorlage und*

rates zweifellos politisch gerechtfertigt. Er wurde denn auch in der Folge mit dem Rückzug des Volksbegehrens honoriert (vgl. die nachstehende Ziff. IV des Kontextes). Sachlich besehen dürfte dagegen der Bundesrat in seinem Bestreben, dem Begehren der öffentlichen Meinung nach endgültiger Liquidierung des Vollmachtenregimes nachzukommen, wohl etwas zu weit gegangen sein. Die definitive Befristung der bestehenden Vollmachtenbeschlüsse auf den 31. Dezember 1952 ohne Rücksicht darauf, ob sich an diesem Termin wirklich alle im Zusammenhang mit dem zweiten Weltkrieg entstandenen außerordentlichen Verhältnisse normalisiert hätten, führte nämlich dazu, daß eine Anzahl derselben im Wege der ordentlichen Gesetzgebung, d. h. durch allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, verlängert werden mußten; vgl. den BB vom 26. September 1952 über die Bestätigung der Bundesratsbeschlüsse über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge, über die Versicherung der Besatzung der schweizerischen Seeschiffe gegen Unfall und Krankheit und über den Feuervertrag der Schiffsleute (Bbl. 1952 II 129 und III 116), den BB vom 26. September 1952 über die Bestätigung des BRB über das Höchstgesamtgewicht der schweizerischen Lastwagen (Bbl. 1952 II 129 und III 118), den BB vom 26. September 1952 über die Bestätigung des BRB über die Regelung der Arbeitsbeschaffung in der Kriegskrisenzeit (Bbl. 1952 II 129 und III 120) sowie den BB vom 26. September 1952 betreffend die Bestätigung einzelner Bundesratsbeschlüsse über die Landwirtschaft (Bbl. 1952 III 33 und 122). Im Sinne der vorliegenden Abhandlung sind diese Verlängerungsbeschlüsse als materielles Notrecht auf der Gesetzesstufe zu qualifizieren, das nach den Vorschriften der Bundesverfassung nicht nur vom Notgesetzgeber (Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 2, BV) sondern auch vom ordentlichen Gesetzgeber erzeugt werden kann (vgl. § 10, II, hievor).

Konnte die Geltungsdauer der vorerwähnten Vollmachtenbeschlüsse im Wege der einfachen Gesetzgebung verlängert werden, da die Bundesverfassung den Bundesgesetzgeber zur Legiferierung in den betreffenden Materien ermächtigt, so mußte, um die geltende vollmachtenrechtliche Ordnung auf dem Gebiete der Preiskontrolle (Bbl. 1952 II 61 und III 126) sowie auf demjenigen der Brotgetreideversorgung (Bbl. 1951 II 580 und 1952 III 128) weiterzuführen, zur Rechtsform des transitorischen Verfassungszusatzes gegriffen werden. Der an sich begrüßenswerte radikale Abbau des Vollmachtenrechtes bewirkte somit eine Vermehrung der transitorischen Verfassungszusätze, die nach der in der vorliegenden Abhandlung vertretenen Auffassung (vgl. § 10, I, hievor) mit den Vorschriften über die Revision der Bundesverfassung nicht in Einklang gebracht werden können.

^{159b} AS 1950, 1493.

dem zweiten Volksbegehren für die Rückkehr zur direkten Demokratie führte der Bundesrat in seinem Ergänzungsbericht vom 5. Mai 1950 ¹⁶⁰ aus, daß sein Antrag formell keine Beziehung zum zweiten Volksbegehren für die Rückkehr zur direkten Demokratie habe. Zwischen seiner Vorlage und dem Volksbegehren bestehe jedoch eine enge Beziehung in dem Sinne, daß das Aktionskomitee die Möglichkeit hätte, die Initiative zurückzuziehen, wenn es anerkennen würde, daß die neuen Bestimmungen den Wünschen der Unterzeichner genügend Rechnung trügen. Die auf den Unterschriftenbogen abgedruckte Rückzugsklausel ermächtigte das Komitee, die Initiative zugunsten eines Gegenentwurfes der Bundesversammlung zurückzuziehen. Nach einer feststehenden Praxis sei jedoch ein Aktionskomitee ermächtigt, eine Initiative zurückzuziehen, wenn sie aus irgendeinem Grunde, insbesondere weil ein Gesetz oder ein Bundesbeschluß die Materie geregelt habe, gegenstandslos geworden sei ¹⁶¹. Wenn das Komitee die Aufrechterhaltung der Initiative vorschlagen würde, so wäre die Initiative ohne Gegenentwurf der Abstimmung des Volkes und der Stände zu unterbreiten. Werde die Initiative angenommen, so falle der vom Bundesrat beantragte Bundesbeschluß dahin. Nach Erlaß des Bundesbeschlusses über die Aufhebung der außerordentlichen Vollmachten des Bundesrates vom 18. Dezember 1950 ¹⁶² hat jedoch das Aktionskomitee die zweite Initiative betr. Rückkehr zur direkten Demokratie am 26. Januar 1951 zurückgezogen ¹⁶³.

§ 17. Inkrafttreten und erstmalige Anwendung von Artikel 89^{bis} BV

I. Art. 123, Abs. 1, BV bestimmt, daß die revidierte Bundesverfassung bzw. der revidierte Teil derselben, *in Kraft trete*, wenn sie von der Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Bürger und von der Mehrheit der Kantone angenommen ist. Das Abstimmungsergebnis bedarf jedoch noch der Erwahrung, die nach einer seit 1848 befolgten Praxis durch die eidgenössischen Räte auf Grund einer Botschaft des Bundesrates, die das Ergebnis der Abstimmung feststellt, vorgenommen wird ¹⁶⁴. Der Erwahrungsbeschluß der Bundesversammlung bedeutet die verbindliche Feststellung, daß die

¹⁶⁰ Bbl. 1950 I 1131f.

¹⁶¹ Vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 736.

¹⁶² Vgl. Anm. 159b.

¹⁶³ Bbl. 1951 I 316.

¹⁶⁴ *Burckhardt*, Komm. BV, 821; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 716.

neue Verfassungsbestimmung angenommen und daher virtuell rechtsverbindlich geworden ist. Mit dieser Feststellung ist, sofern die Verfassungsbestimmung nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht, ihre Inkraftsetzung verbunden¹⁶⁵. Auch im Falle des Volksbegehrens betr. Rückkehr zur direkten Demokratie, das zur Streichung von Art. 89, Abs. 3, BV und zur Einfügung eines neuen Artikels 89^{bis} in die Bundesverfassung führte, ist das Abstimmungsergebnis vom 11. September 1949 durch einen bereits am 28. Oktober 1949 gefaßten Bundesbeschluß erwahrt und Art. 89^{bis} BV sofort in Kraft gesetzt worden¹⁶⁶.

II. Dieser Umstand ist deshalb bemerkenswert, weil in jenem Zeitpunkt den eidgenössischen Räten der *Entwurf zu einem Bundesbeschluß betr. die Übergangsordnung des Finanzhaushaltes des Bundes* (Finanzordnung 1950 und 1951) vorlag¹⁶⁷. In seiner Botschaft zu dieser Vorlage¹⁶⁸ hatte nämlich der Bundesrat ausführlich zur Frage der Rechtsform der Übergangsordnung Stellung genommen¹⁶⁹. Er kam dabei zum Schluß, daß die Voraussetzung eines dringlichen Bundesbeschlusses i. S. von Art. 89, Abs. 3, der Bundesverfassung nicht unbedingt als gegeben erachtet werden könne, wenn es sich, wie im vorliegenden Fall, lediglich darum handle, eine bereits kodifizierte Steuerordnung in globo über ein erst in 5 Monaten eintretendes Datum hinaus weiter anwendbar zu erklären. Ferner stellte er fest, daß unter normalen Umständen kein Zweifel darüber bestehen könnte, daß der verfassungsändernde Bundesbeschluß die Rechtssetzungsform sei, derer man sich zu bedienen hätte, um dem außerordentlichen Fiskalrecht weiter Geltung zu verschaffen¹⁷⁰. Schließlich empfahl jedoch der Bundesrat eine Notrechtslösung, um die Finanzordnung nicht der Gefahr eines verwerfenden Volksentscheides aussetzen zu müssen. Er beantragte deshalb den eidgenössischen Räten, die Übergangsordnung auf die Verlängerung des bestehenden Fiskalnotrechts zu beschränken, ihre Geltungsdauer auf wenigstens 5 Jahre zu befristen und sie in die Form eines

¹⁶⁵ Burckhardt a. a. O., 821; Fleiner/Giacometti, BStR, 717.

¹⁶⁶ AS 1949, 1511.

¹⁶⁷ Botschaft des Bundesrates vom 22. Juli 1949; Bbl. 1949 II 77f.

¹⁶⁸ Vgl. die letzte Anmerkung.

¹⁶⁹ Bbl. 1949 II 90 ff.

¹⁷⁰ Nach der in der vorliegenden Abhandlung vertretenen Auffassung traf dies, mindestens bis zur Einführung von Art. 89^{bis} BV zu, jedoch nicht, weil ein derartiger transitorischer verfassungsändernder Bundesbeschluß legal gewesen wäre, sondern weil er den Vorzug höchster Legitimität besessen hätte.

besondern, dem Referendum entzogenen Ermächtigungsbeschlusses zur Ordnung des Finanzhaushaltes zu kleiden.

Die Annahme des Artikels 89^{bis} am 11. September 1949 stellte die eidgenössischen Räte vor eine neue Situation. Es erhob sich nunmehr die Frage, in welchem Verhältnis der vom Bundesrat vorgeschlagene Notrechtsbeschluß zum sofort in Kraft gesetzten, nicht auf die Verfassung gestützten Bundesbeschluß nach Art. 89^{bis}, Abs. 3, BV stehe¹⁷¹.

Ohne bereits hier auf Einzelheiten einzutreten¹⁷², sei vorweg festgestellt, daß die Bundesversammlung beschloß, die Finanzordnung 1950 und 1951 als nicht auf die Verfassung gestützten, sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschluß nach Art. 89^{bis}, Abs. 3, BV zu behandeln und ihn in diesem Sinne als dringlich zu erklären. Die Annahme der Dringlichkeitsklausel erfolgte im Ständerat am 8. Dezember mit 33 gegen 1 Stimme¹⁷³, im Nationalrat am 15. Dezember 1949 mit 115 gegen 58 Stimmen¹⁷⁴. In der von beiden Räten am 21. Dezember 1949 vorgenommenen Schlußabstimmung wurde die Finanzordnung 1950 und 1951 vom Ständerat ohne Gegenstimme mit 31 Stimmen bei 2 Stimmenthaltungen¹⁷⁵ und vom Nationalrat in namentlicher Abstimmung mit 123 gegen 46 Stimmen¹⁷⁶ bei 13 Stimmenthaltungen¹⁷⁷ gutgeheißen¹⁷⁸.

III. In diesem Zusammenhang ist auch die *Motion* zu erwähnen, die Nationalrat Harald *Huber* am 26. Oktober 1949 einreichte. Sie hat folgenden Wortlaut:

«Der Bundesrat wird eingeladen, den eidgenössischen Räten Bericht und Antrag über eine Partialrevision der Bundesverfassung

¹⁷¹ Dazu vgl. NZZ Nr. 1953 vom 26. September 1949 (Der 11. September und die Bundesfinanzreform); ferner Hans *Huber*, Die Verfassungslage nach dem 11. September, NZZ Nr. 2106 vom 16. Oktober 1949; *Giacometti*, Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung des neuen Artikels 89^{bis} BV, NZZ Nr. 2116 vom 17. Oktober 1949.

¹⁷² Vgl. dazu § 21ff. hienach.

¹⁷³ Sten. Bull. StR 1949, 539.

¹⁷⁴ Sten. Bull. NR 1949, 904.

¹⁷⁵ Sten. Bull. StR 1949, 637.

¹⁷⁶ Gegen die Vorlage stimmte, abgesehen von der Fraktion der Partei der Arbeit, die sozialdemokratische Fraktion, die bereits gegen die Dringlicherklärung geschlossen aufgetreten war, mit der Begründung, daß einerseits die Dringlichkeitsklausel überflüssig sei, und andererseits, daß die Vorlage verschleppt, m. a. W. die Dringlichkeit künstlich herbeigeführt worden sei (Sten. Bull. NR 1949, 900ff. [Votum *Huber*] und 929 [Votum *Bringolf*]).

¹⁷⁷ Sten. Bull. NR 1949, 933.

¹⁷⁸ AS 1949, 1801.

vorzulegen, durch welche die Unzukömmlichkeiten und praktischen Unmöglichkeiten des Art. 89^{bis} BV beseitigt werden, unter Respektierung des in der Volksabstimmung vom 11. September 1949 bekundeten Willens nach einer Kontrollmöglichkeit des Volkes über dringliche und Notrechtsbeschlüsse.»

Der ausführlichen Motionsbegründung¹⁷⁹ ist zu entnehmen, daß der Motionär eine Verbesserung von Art. 89^{bis} in dem Sinne anstrebt, daß

a) im ganzen Artikel 89^{bis} der Ausdruck «sofort in Kraft gesetzt» durch «dringlich erklärt» ersetzt wird;

b) an Stelle der aus dem aufgehobenen Art. 89, Abs. 3, übernommenen Befristungsvorschrift eine feste Maximalfrist von höchstens 3 Jahren gesetzt wird;

c) die Geltungsdauer von Beschlüssen, die in der Volksabstimmung verworfen oder dieser gar nicht unterstellt werden, vernünftiger geregelt wird;

d) die Frist, innert welcher das fakultative Referendum ergriffen werden kann, ausdrücklich genannt wird;

e) das Verbot der Erneuerung dringlich erklärter Bundesbeschlüsse anders gefaßt wird;

f) Abs. 3 zu einer reinen Sanktionsnorm für dringliche Bundesbeschlüsse ohne verfassungsmäßige Basis ausgestaltet wird.

Ohne im einzelnen zu diesen Postulaten Stellung zu nehmen¹⁸⁰, sei an dieser Stelle doch bemerkt, daß eine ausdrückliche Erwähnung der Referendumsfrist, wie sie gemäß lit. d verlangt wird, nicht notwendig erscheint. Die für Gesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse maßgebende Referendumsfrist von 90 Tagen ist nämlich gleichfalls nicht in der Verfassung, sondern in Art. 4 des BG betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse¹⁸¹ geregelt. Einer analogen Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung auf das in Art. 89^{bis}, Abs. 2, vorgesehene fakultative Referendum steht, sofern man auf eine besondere Ausführungsgesetzgebung zu Art. 89^{bis} verzichten will¹⁸², m. E. nichts entgegen¹⁸³.

¹⁷⁹ Sie ist in etwas abgeänderter Form publiziert in der SJZ 46, 81 ff.

¹⁸⁰ Diese Postulate stehen, abgesehen von dem unter lit. c. aufgeführten, in völligem Gegensatz zu der im folgenden dritten Kapitel der vorliegenden Abhandlung vertretenen Auffassung.

¹⁸¹ BS I, 173.

¹⁸² Vgl. dazu § 25 hienach.

¹⁸³ Vgl. die vorhergehende Anm.

Die Motion *Huber* wurde am 22. Dezember 1949 vom Nationalrat, am 16. Juni 1950 vom Ständerat erheblich erklärt. Bereits vorher hatte der Bundesrat seinerseits beschlossen, Art. 89^{bis} BV von den Bundesrichtern *Python*, *Düby* und *Panchaud* begutachten zu lassen. Dieses Rechtsgutachten wurde am 15. Juli 1950 abgeliefert. Am 29. September 1950 beschloß der Bundesrat, dieses Gutachten den Mitgliedern der eidgenössischen Räte und der Presse bekannt zu geben unter Vorbehalt seiner eigenen Stellungnahme zu den darin behandelten Fragen¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Vgl. NZZ Nr. 2038, vom 29. September 1950 (Ein Rechtsgutachten über den Dringlichkeitsartikel der Bundesverfassung) und Basler Nachrichten Nr. 420, 1. Beilage, vom 3. Oktober 1950 (Mangelhaft, aber anwendbar!).

Der allgemeinverbindliche, sofort in Kraft gesetzte Bundesbeschluß nach Art. 89^{bis} BV¹

Erster Abschnitt

Vorbemerkungen

§ 18. Der Wortlaut von Art. 89^{bis} BV

I. Art. 89^{bis} BV lautet in den drei Amtssprachen des Bundes wie folgt²:

¹ Die Annahme von Art. 89^{bis} BV am 11. September 1949 sowie die erstmalige Anwendung dieser Bestimmung auf die Finanzordnung 1950 und 1951 hat einer regen Publizistik in der Tagespresse und in juristischen Fachzeitschriften gerufen. Für die vorliegende Untersuchung sind folgende Aufsätze und Abhandlungen berücksichtigt worden:

P. *Honegger*, Rückkehr zur direkten Demokratie? Gedanken zu einem Volksbegehren, NZZ Nr. 1833, vom 3. September 1948; NZZ Nr. 1797, vom 5. September (Die Gesetzgebung in Notzeiten), Nr. 1804, vom 6. September (Weder dringlich noch nützlich), Nr. 1874 vom 12. September (Der 11. September und die Bundesfinanzreform) und Nr. 2150, vom 21. Oktober 1949 (Die Übergangsordnung der Bundesfinanzreform). Hans *Huber*, Die Verfassungslage nach dem 11. September, NZZ Nr. 2106, vom 16. Oktober 1949; *Giacometti*, Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung des neuen Artikels 89^{bis} der Bundesverfassung, NZZ Nr. 2116, vom 17. Oktober 1949; A. *Panchaud*, Réflexions sur la votation du 11 septembre 1949 et la situation constitutionnelle de la Suisse, NZZ Nr. 2163, vom 23. Oktober 1949.

Harald *Huber*, Zur Problematik des Dringlichkeitsartikels der BV, SJZ 46, 81 ff.; *Giacometti*, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung (Art. 89^{bis}, Abs. 3), SJZ 46, 84 ff.; *ders.*, Rechtsstaat und Notrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1950, 209; H. *Marti*, Dringlichkeit und Notrecht (Der neue Art. 89^{bis} BV), ZSR n. F. 69, 165; L. *Schürmann*, Referendumsdemokratie und Verfassungsrechtspflege, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1950, 354.

An publizierten amtlichen Materialien sind zu erwähnen:

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 27. Februar 1948 über das Volksbegehren vom 23. Juli 1946 für die Rückkehr zur direkten Demokratie, Bbl. 1948 I 1054; Sten. Bull. NR 1948, 315, 1949, 774, 850, 894; Sten. Bull. StR 1949, 31, 445, 537; AS 1949, 1511.

Ferner bestehen folgende, nicht publizierte, aber z. T. an die Mitglieder der Bundesversammlung und an die Presse verteilte amtliche Gutachten und Vernehmlassungen:

Gemeinsames Kurzgutachten des Eidg. Finanz- und Zolldepartements und des Justiz- und Polizeidepartements zur Auslegung von Art. 89^{bis} BV, vom 14. September 1949; Gutachten des Eidg. Justiz- und Polizeideparte-

Fußnote 2 auf Seite 111.

(Abs. 1)

Les arrêtés fédéraux de portée générale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peuvent être mis en vigueur immédiatement par une décision prise à la majorité de tous les membres de chacun des deux conseils; leur durée d'application doit être limitée.

Allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, können durch die Mehrheit aller Mitglieder in jedem der beiden Räte sofort in Kraft gesetzt werden; ihre Gültigkeitsdauer ist zu befristen.

I decreti federali di carattere obbligatorio generale, la cui entrata in vigore non possa essere ritardata, possono entrare immediatamente in vigore mediante una decisione presa con la maggioranza di tutti i membri di ciascuno dei due Consigli; la loro durata di applicazione deve essere limitata.

(Abs. 2)

Lorsque la votation populaire est demandée par trente mille citoyens actifs ou par huit cantons, les arrêtés fédéraux mis en vigueur

Wird von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von acht Kantonen eine Volksabstimmung verlangt, treten die so-

Qualora la votazione popolare venisse chiesta da 30 000 cittadini attivi da otto Cantoni, i decreti federali messi in vigore d'urgenza per-

ments, vom 22. Oktober und 10. November 1949, an die Presse verteilt, vgl. NZZ Nr. 2544, vom 6. Dezember 1949 (Die Übergangsordnung für die Bundesfinanzreform; Rechts- oder Zweckgutachten des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements?); Gutachten von Dr. E. Wyß (Eidg. Steuerverwaltung), vom 31. Oktober 1949, Art. 89^{bis} der Bundesverfassung und die Übergangsordnung des Bundesfinanzhaushalts, nicht publiziert; Dr. K. Locher (Eidg. Steuerverwaltung) Notrecht und Dringlichkeit, Einige staatsrechtliche Betrachtungen zur Vorgeschichte und zur Auslegung des neuen Artikels 89^{bis} der Bundesverfassung, vom 17. November 1949, nicht publiziert; Avis de droit concernant l'art. 89^{bis} Cst., Rechtsgutachten der Bundesrichter *Python*, *Düby* und *Panchaud*, vom 15. Juli 1950 (Deutsche Übersetzung der Schweizerischen Bundeskanzlei), an die Mitglieder der Bundesversammlung und an die Presse verteilt; vgl. Basler Nachrichten Nr. 420 (1. Beilage), vom 3. Oktober 1950 (Mangelhaft, aber anwendbar!) und NZZ, Nr. 2038, vom 29. September 1950 (Ein Rechtsgutachten über den Dringlichkeitsartikel der Bundesverfassung).

Es sei an dieser Stelle dem Wunsche Ausdruck gegeben, daß wenigstens das letztgenannte Gutachten publiziert werde. Denna es wäre bedauerlich, wenn amtliche Gutachten von derart allgemeiner Tragweite und Bedeutung lediglich einem kleinen Kreise Privilegierter zugänglich gemacht würden, während die breite Öffentlichkeit sich mit summarischen Pressekommentaren abzufinden hätte.

² AS 1949, 1511; RO 1949, 1614; RU 1949, 1544.

d'urgence perdent leur validité un an après leur adoption par l'Assemblée fédérale s'ils ne sont pas approuvés par le peuple dans ce délai; ils ne peuvent alors être renouvelés.

fort in Kraft gesetzten Beschlüsse ein Jahr nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung außer Kraft, soweit sie nicht innerhalb dieser Frist vom Volke gutgeheißen wurden; in diesem Falle können sie nicht erneuert werden.

dono la loro validità un anno dopo la loro adozione dall'Assemblea federale, se nel frattempo non sono stati approvati dal popolo; in questo caso non possono essere rinnovati.

(Abs. 3)

Les arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence qui dérogent à la constitution doivent être ratifiés par le peuple et les cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale; à ce défaut, ils perdent leur validité à l'expiration de ce délai et ne peuvent être renouvelés.

Die sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüsse, welche sich nicht auf die Verfassung stützen, müssen innert Jahresfrist nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung von Volk und Ständen genehmigt werden; andernfalls treten sie nach Ablauf dieses Jahres außer Kraft und können nicht erneuert werden.

I decreti federali messi in vigore d'urgenza e che derogano alla Costituzione devono essere ratificati dal popolo e dai Cantoni nell'anno seguente la loro adozione dall'Assemblea federale; in mancanza di che, essi perdono la loro validità allo spirare di questo termine, e non possono essere rinnovati.

1. Betrachtet man den deutschen Text für sich allein, so wird man in erster Linie feststellen, daß im ganzen Artikel 89^{bis} der Ausdruck «dringlich», der in der durch Art. 89^{bis} ersetzten Bestimmung von Art. 89, Abs. 3, BV die Hauptrolle spielte, sorgfältig ausgemerzt worden ist. Soweit Absatz 1 von Art. 89^{bis} in Frage steht, trifft dies auch für den französischen und italienischen Text zu. An Stelle von «dringlich erklärten» wird von «sofort in Kraft gesetzten» Bundesbeschlüssen (mis en vigueur immédiatement; entrare immediatamente in vigore) gesprochen.

Angesichts dieses Umstandes ist nicht recht zu erklären, wieso in den Absätzen 2 und 3 des französischen und des italienischen Textes von Art. 89^{bis} dann doch wieder der Ausdruck «arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence» bzw. «decreti federali messi in vigore d'urgenza» verwendet wird, während im deutschen Text wie gesagt

durchwegs von «sofort in Kraft gesetzten» Beschlüssen die Rede ist. Im Interesse einer klaren Abgrenzung der in Anwendung von Art. 89^{bis} ergangenen Bundesbeschlüsse von den nach Art. 89, Absatz 2, bzw. (nach der Revision vom 22. Januar 1939) Absatz 3, dringlich erklärten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen hätte es sich wohl gerechtfertigt, nach dem Vorbild des deutschen Textes stets von «sofort in Kraft gesetzten» Bundesbeschlüssen (*arrêtés fédéraux mis en vigueur immédiatement*; *decreti federali messi immediatamente in vigore*) zu sprechen³.

2. Nur als Redaktionsversehen zu werten ist die Verwendung des Ausdruckes «Beschlüsse» an Stelle von «Bundesbeschlüsse» in Absatz 2 des deutschen Textes; während Absatz 3 übereinstimmend mit Absatz 1 von «Bundesbeschlüssen» spricht⁴.

3. Am meisten umstritten ist wohl die Differenz, die in Absatz 3 zwischen dem deutschen Text einerseits und dem französischen bzw. italienischen Text anderseits besteht. Jener bestimmt nämlich, daß die sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüsse «innert Jahresfrist nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung» von Volk und Ständen genehmigt werden müsse, während nach der französischen Version die Genehmigung «dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale» und nach der italienischen «nell'anno seguente la loro adozione dall'Assemblea federale» zu erfolgen hat. In seinem Gutachten vom 22. Oktober 1949 ist das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement zum Schluß gekommen, der französische und italienische Text erlaube eine andere Fristberechnung als der deutsche, wobei es den beiden romanischen Texten vor dem deutschen Text den Vorzug gab. Diese Auffassung ist jedoch in den eidgenössischen Räten anläßlich der Beratung der Finanzordnung 1950 und 1951 eindeutig widerlegt worden⁵.

II. Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, leidet der Text von Art. 89^{bis} an *erheblichen Mängeln*. Es erhebt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob nicht die formulierten Verfassungsinitiativen einer amtlichen Vorprüfung unterworfen werden sollten. Dabei ist freilich nicht zu übersehen, daß ein derartiges Verfahren seinerseits Bedenken wegen einer allfällig möglichen Verfälschung des Volkswillens rufen könnte. Ganz allgemein ist übrigens fest-

³ In der vorliegenden Abhandlung werden die «gemäß Artikel 89^{bis} erlassenen Bundesbeschlüsse stets als «sofort in Kraft gesetzte» Bundesbeschlüsse bezeichnet.

⁴ Im französischen und italienischen Text heißt es in allen 3 Absätzen durchwegs «*arrêtés fédéraux*» bzw. «*decreti federali*».

⁵ Sten. Bull. NR 1949, 900 (Votum Favre).

zustellen, daß sich die formulierte Verfassungsinitiative in das System der Bundesverfassung wenig organisch einfügt. Effektiv wird damit dem ordentlichen Verfahren der Verfassungsgesetzgebung ein außerordentliches gegenübergestellt; die Volksinitiative ist ein Antrag aus dem Volk an das Volk⁶, und zwar unter weitgehender Ausschaltung des Parlamentes⁷. Diese mit dem Institut der Volksinitiative verbundenen Nachteile sind von allem Anfang an erkannt worden. So wurde schon bei der Beratung der Vorlage für die Revision des 3. Abschnittes der Bundesverfassung⁸ darauf hingewiesen, daß «die formulierte Initiative dem organisierten Volk das nicht organisierte als gleichberechtigten Faktor an die Seite oder vielmehr gegenüberstelle»⁹. Nach den bisherigen Erfahrungen erscheint freilich die Gefahr, daß die Verfassung durch schlecht formulierte Volksinitiativen verunstaltet werden könnte, recht gering. Von den seit 1930 eingereichten 31 formulierten Initiativen auf Partialrevision der Bundesverfassung ist einzig diejenige betreffend Rückkehr zur direkten Demokratie unverändert in die Verfassung übergegangen.

§ 19. Das Verhältnis von Art. 89^{bis} zu den übrigen Bestimmungen der Bundesverfassung über die Notrechtssetzung

Die Bundesverfassung enthält außer in Art. 89^{bis} noch an zwei andern Stellen *Bestimmungen über die Notrechtssetzung*. So erklärt Art. 29, Absatz 2 BV:

«Dem Bund bleibt immerhin das Recht vorbehalten, unter außerordentlichen Umständen, in Abweichung von vorstehenden Bestimmungen¹⁰, vorübergehend besondere Maßnahmen zu treffen.»

⁶ *Fleiner*, BStR, 398.

⁷ Das hier lediglich die Rolle eines Vermittlers zwischen den Unterzeichnern des Begehrens und den Stimmberechtigten spielt; vgl. *Giacometti*, StRK, 427.

⁸ Bbl. 1890 III 454.

⁹ *Burckhardt*, Komm. BV, 812.

¹⁰ Art. 29, Absatz 1, BV lautet:

«Bei Erhebung der Zölle sollen folgende Grundsätze beachtet werden:
1. Eingangsgebühren:

- a) Die für die inländische Industrie und Landwirtschaft erforderlichen Stoffe sind im Zolltarif möglichst gering zu taxieren,
- b) Ebenso die zum nötigen Lebensbedarf erforderlichen Gegenstände.
- c) Die Gegenstände des Luxus unterliegen den höchsten Taxen.

Diese Grundsätze sind, wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen, auch bei Abschließung von Handelsverträgen mit dem Ausland zu befolgen.

Ferner bestimmt Art. 32, Absatz 1, BV¹¹:

«Die in Art. 31^{bis}, 31^{ter}, Abs. 2, 31^{quater} und 31^{quinquies} genannten Bestimmungen dürfen nur durch Bundesgesetze oder Bundesbeschlüsse eingeführt werden, für welche die Volksabstimmung verlangt werden kann. Für Fälle dringlicher Art in Zeiten wirtschaftlicher Störungen bleibt Art. 89, Absatz 3, vorbehalten.»

I. Was das *Zollnotrecht* anbelangt, bestimmt das BG über den schweizerischen Zolltarif vom 10. Oktober 1902¹² in Art. 3, 4 und 5, daß dieses durch den Bundesrat ausgeübt werde. Die bundesrätlichen Zollnotverordnungen unterliegen jedoch der Genehmigung der Bundesversammlung, die selber darüber entscheidet, ob die Maßnahmen des Bundesrates weiterhin in Kraft bleiben sollen oder nicht. Prima vista scheint mithin die Anwendung der Bestimmungen des Artikels 89^{bis} BV im Gebiete des Zollrechtes durch Art. 29, Absatz 2, BV ausgeschlossen. Dem ist jedoch nicht so; die meisten heute geltenden Zollansätze haben nämlich ihre Rechtsgrundlage im BB vom 18. Februar 1921 über die vorläufige Abänderung des Zolltarifs¹³ und vom 26. April 1923 über die Verlängerung der Wirksamkeit des BB vom 18. Februar 1921 betr. die vorläufige Abänderung des Zolltarifs¹⁴. Diese beiden dringlich erklärten Bundesbeschlüsse fallen offenbar gerade nicht unter Art. 29, Abs. 2, BV, sondern müßten heute unter Beachtung der Bestimmungen von Art. 89^{bis}, Absatz 1 und 2, BV erlassen werden¹⁵.

II. Die im letzten Satz von Art. 32, Absatz 1, BV enthaltene *Verweisung auf Art. 89, Abs. 3, BV*, muß heute wohl als Verweisung auf Artikel 89^{bis}, Abs. 1 und 2, BV aufgefaßt werden. Demgemäß können für Fälle dringlicher Art in Zeiten wirtschaftlicher Störungen Bundesbeschlüsse ergehen, die zwar sofort in Kraft gesetzt werden können, jedoch dem fakultativen Referendum unterstellt werden müssen, wenn sie länger als ein Jahr in Kraft bleiben sollen¹⁶. Eine Verweisung auf Art. 89^{bis}, Abs. 3, BV wäre dagegen sinnlos, da sich diese Bestimmung ohnehin auf Bundesbeschlüsse bezieht,

2. Die Ausgangsgebühren sind möglichst mäßig festzusetzen.

3. Durch die Zollgesetzgebung sind zur Sicherung des Grenz- und Marktverkehrs geeignete Bestimmungen zu treffen.»

¹¹ In der am 6. Juli 1947 angenommenen Fassung; AS 63, 1041.

¹² BS 6, 706. ¹³ BS 6, 709. ¹⁴ BS 6, 710. ¹⁵

¹⁵ Vgl. dazu auch *Giacometti*, Die Rechtsgrundlage des Zolltarifs, NZZ Nr. 2383 vom 8. November 1950.

¹⁶ Derartige Bundesbeschlüsse dürfen von der Handels- und Gewerbe-freiheit abweichen, soweit die Voraussetzungen von Art. 31^{bis}, Abs. 3 und 4, gegeben sind; vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 779, Anm. 10d.

die in der Verfassung keine Stütze finden. Für derartige extrakonstitutionelle Notverordnungen bedarf es naturgemäß keiner besonderen Verweisung in andern Verfassungsbestimmungen.

**§ 20. Das Verhältnis des ersten zum zweiten und dritten Absatz
des Artikels 89^{bis} BV**

Wiewohl zuzugeben ist, daß Artikel 89^{bis} sich keineswegs durch eine besonders klare und eindeutige Fassung auszeichnet, kann doch nicht bestritten werden, daß zwischen seinen 3 Absätzen ein durchaus eindeutiger und logischer *Zusammenhang* besteht¹⁷. Dabei verhält es sich unzweifelhaft so, daß Absatz 1 das Verfahren der Notrechtssetzung bis zur sofortigen Inkraftsetzung der Notverordnungen regelt, und zwar gleichgültig, ob es sich um Notverordnungen intra oder contra constitutionem handelt, während die Absätze 2 und 3 das weitere Schicksal dieser Notverordnungen ordnen, und zwar in verschiedener Weise, je nachdem es sich um materiell verfassungsmäßige oder aber um nicht auf die Verfassung gestützte allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse handelt¹⁸.

Gegen diese Auffassung kann jedenfalls nicht geltend gemacht werden, es sei widerspruchsvoll, wenn die Verfassung bestimmen würde, daß verfassungswidrige Beschlüsse nur mit einem qualifizierten Mehr gefaßt werden dürfen¹⁹; denn für Beschlüsse, die lediglich materiell verfassungswidrig sind, kann die Verfassung sehr wohl vorschreiben, in welchem besondern Verfahren sie gefaßt werden müssen. Eine ganz andere Frage ist freilich, ob dieses Verfahren unter allen Umständen eingehalten werden kann²⁰.

¹⁷ A. A. *Marti*, Dringlichkeit und Notrecht, 186ff.

¹⁸ *Giacometti*, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 46, 86, Spalte 1.

¹⁹ *Marti*, a. a. O., 187.

²⁰ Vgl. dazu § 29 hienach.

Die sofortige Inkraftsetzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse

§ 21. Der Begriff und die Voraussetzungen der sofortigen Inkraftsetzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse

I. Wörtlich genommen, heißt die *sofortige Inkraftsetzung* eines gesetzlichen Erlasses nichts anderes, als daß dieser Erlaß seine Wirkung in dem Moment äußert, in dem die letzte Bedingung seiner Erzeugung erfüllt ist. Nach geltendem Bundesrecht²¹ ist dies in der Regel der 5. Tag nach der Publikation dieses Erlasses in der Sammlung der eidgenössischen Gesetze²². Bereits der erste Anwendungsfall von Art. 89^{bis} hat jedoch gezeigt, daß diese Lösung zu großen Unzukömmlichkeiten führen kann. Die Finanzordnung 1950 und 1951 mußte nämlich, sollte nicht ein völliger Rechtswirrwarr entstehen, auf den 1. Januar 1950, m. a. W. auf einen bestimmten Stichtag in Kraft treten, während die Wintersession der Bundesversammlung im Jahre 1949 bereits am 22. Dezember zu Ende ging.

Im Nationalrat wurde diese Frage denn auch eingehend diskutiert. Der deutschsprachige Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission, *Obrecht*, gab der Meinung Ausdruck²³, daß der Ausdruck «sofort in Kraft gesetzt werden» nicht allzu wörtlich zu nehmen sei. Der französische Text spreche nämlich von Bundesbeschlüssen «mis en vigueur d'urgence». Die nationalrätliche Kommission halte daher mit dem Ständerat und dem Bundesrat dafür, die sofortige Inkraftsetzung bedeute nicht, daß der Beschluß auf den Tag der Schlußabstimmung in Kraft gesetzt werden müsse. Die Inkraftsetzung könne vielmehr auf den nächsten tauglichen Termin erfolgen, der immerhin nicht so weit von der Schlußabstimmung entfernt liegen dürfe, daß inzwischen noch die Volksabstimmung

²¹ BG vom 9. Oktober 1902 über den Geschäftsverkehr zwischen Nationalrat, Ständerat und Bundesrat, sowie über die Form des Erlasses und der Bekanntmachung von Gesetzen und Beschlüssen, BS 1, 245; BG vom 12. März 1948 über die Rechtskraft der bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848—1947 und über die neue Reihe der Sammlung, AS 1949, 1523, 1650; Verordnung vom 8. November 1949 über die Veröffentlichung der Gesetze und anderer Erlasse des Bundes, AS 1949, 1527.

²² Art. 36 des Geschäftsverkehrsgesetzes und Art. 4, Abs. 2, der in der vorhergehenden Anm. zitierten Verordnung; vgl. auch Harald Huber, a. a. O., 82.

²³ Sten. Bull. NR 1949, 898.

durchgeführt werden könnte. Die gleiche Auffassung wurde auch vom Berichterstatter französischer Sprache, *Favre*, vertreten²⁴. Der Sprecher der sozialdemokratischen Opposition, *Harald Huber*, kam zum gleichen Ergebnis, führte jedoch wörtlich aus:

«Es ist erklärt worden, wir können diesen Beschluß auf den 1. Januar 1950 in Kraft setzen. Der Ausdruck «sofort in Kraft gesetzte Beschlüsse» im deutschen Text sei nicht maßgebend. Ich glaube auch, daß wir uns hier nicht so schematisch an den Wortlaut klammern müssen, daß wir also zu erklären brauchen, es müsse der heutige Tag sein; wir können beispielsweise auf das Datum der Publikation abstellen und in diesem Zusammenhang erklären, auf 1. Januar werde der Beschluß in Kraft gesetzt. Dagegen hätte ich die größten Bedenken, so weit zu gehen, wie es im bereits zitierten Gutachten²⁵ geschehen ist, und zu erklären, diese sofortige Inkraftsetzung könne

²⁴ Sten. Bull. a. a. O., 899.

²⁵ Gemeint ist das Gutachten des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 10. November 1949, das sich zu dieser Frage u. a. dahin äußert, daß Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, nach Art. 89^{bis}, Absatz 1, «sofort in Kraft gesetzt werden» («mis en vigueur immédiatement») könnten, weil sie eben so dringlich seien, daß mit ihrer Inkraftsetzung nicht so lange zugewartet werden müsse, als zur vorgängigen Durchführung des Referendums erforderlich wäre. Demnach bedeute der Ausdruck «sofort» «ohne vorgängige Durchführung des Referendums» oder «nicht erst nach Ablauf der Zeit, die für die vorgängige Durchführung des Referendums nötig wäre». Daraus folge, daß Art. 89^{bis} nur auf solche BB angewendet werden dürfe, die innert einer kürzeren Zeitspanne, als für die Durchführung des Referendums nötig wäre, in Kraft treten müßten.

Der Ausdruck «sofort in Kraft gesetzt» bedeute nicht, daß der BB schon am Tage der Schlußabstimmung der Räte in Kraft treten müsse. Nicht jeder dringliche Bundesbeschluß könne schon an diesem Tage in Kraft gesetzt werden (übrigens könne ein BB frühestens mit seiner Publikation in Kraft treten). Auch ein dringlicher BB könne nämlich für eine Periode bestimmt sein, die nicht schon mit dem Zeitpunkt der Schlußabstimmung in den Räten, sondern erst mehrere Tage oder Wochen später beginnt. Die Inkraftsetzung könne auf den nächsten tauglichen Termin angesetzt werden. Keinesfalls dürfe aber die Zeitspanne von der Schlußabstimmung der Räte bis zum Tage des Inkrafttretens so groß sein, daß sie zur Durchführung des fakultativen Referendums ausreichen würde. Das Initiativkomitee habe offenbar an die noch unter der Herrschaft des ursprünglichen Textes von Art. 89 BV (nicht desjenigen von 1939) erstandene Autotransportordnung gedacht. Diese war am 30. September 1938 von den Räten angenommen worden, wurde aber erst auf den 15. August 1940 in Kraft gesetzt. Derartige Vorkommnisse wolle Art. 89^{bis} vermeiden.

Für die extrakonstitutionellen BB wäre, da sie über die BV hinausgehen, normalerweise der Weg einer Verfassungsrevision erforderlich. Beim Absatz 3 bedeute daher der Ausdruck «sofort in Kraft gesetzt» den Gegensatz zur vorgängigen Durchführung des obligatorischen Referendums.

auch eine Inkraftsetzung nach 2, 3, 4, ja 6 Monaten bedeuten. Es heiße nur, Inkraftsetzung vor Ablauf einer normalen Frist, die für Referendum und Abstimmung nötig wäre. Gegen eine derartige Interpretation möchte ich schon an dieser Stelle ganz entschieden Stellung nehmen. Aber ich glaube, daß wir hier der Kommission zustimmen dürfen.»

In ihrem Ergebnis sind die vorstehenden Meinungsuerungen²⁶ zweifellos richtig. Die «sofortige Inkraftsetzung» bedeutet nicht, daß der allgemeinverbindliche Bundesbeschluß schon am Tage der Schlußabstimmung in den Räten oder zugleich mit der Publikation bzw. 5 Tage später als diese in Kraft treten muß. Es genügt vielmehr, daß die Inkraftsetzung nicht erst in einem Zeitpunkt erfolgt, der es erlaubt hätte, vorgängig das fakultative oder obligatorische Referendum durchzufhren²⁷. Diese Auslegung ergibt sich

²⁶ Sowie diejenigen des in der vorhergehenden Anmerkung zitierten Gutachtens des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements.

²⁷ Mit Bezug auf die Zeitspanne, welche für das fakultative bzw. das obligatorische Referendum benötigt werde, äußert sich das in der vorletzten Anmerkung erwähnte Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements wie folgt:

«Mit der Veröffentlichung eines BB im Bundesblatt (in den 3 Amtssprachen) beginnt die Referendumsfrist von 90 Tagen. Nach Eingang des Referendumsbegehrens werden die Unterschriften geprüft, so daß der Bundesrat etwa nach 10 Tagen das Zustandekommen des Referendums feststellen und den Abstimmungstag festsetzen kann. Dann muß die Vorlage für die Volksabstimmung gedruckt und bekanntgemacht werden. Die Abstimmung darf frühestens 4 Wochen nach der Bekanntmachung stattfinden (Art. 9, Absatz 2 des Referendumsgesetzes; BS 1, 173). Nach der Abstimmung haben die Kantone binnen 10 Tagen die Abstimmungsprotokolle einzusenden; auf Grund derselben erwahrt der Bundesrat das Abstimmungsergebnis. Im ganzen braucht es also 5—6 Monate.

Wird das Referendum nicht benützt, so kann der BB nach Ablauf der 90tgigen Referendumsfrist in Kraft gesetzt werden. Im Zeitpunkt, in dem die Räte über die Dringlicherklärung schlüssig werden müssen, ist noch ungewiß, ob das Referendum benützt würde; beim Entscheid über die Dringlicherklärung muß also die Berechnung des mit dem Referendum verbundenen Aufschubs von Fällen der Ergreifung des Referendums ausgehen.

Beim *obligatorischen* Referendum kann der Bundesrat den Abstimmungstag festsetzen. Dann muß die Vorlage für die Volksabstimmung gedruckt und bekanntgemacht werden. Die Abstimmung darf frühestens 4 Wochen nach der Bekanntmachung stattfinden. Nach der Volksabstimmung senden die Kantone binnen 10 Tagen die Abstimmungsprotokolle ein, wobei der Bundesrat den Räten Bericht und Antrag unterbreitet. Das Ergebnis wird durch Bundesbeschluß erwahrt.

Im ganzen werden 2 Monate in der Regel nicht ausreichen. Zudem ist zu beachten, daß zur Orientierung der Bürger über die Vorlage auch eine gewisse Zeit zur Verfügung stehen muß.»

jedoch ohne weiteres aus dem Zusammenhang. Ein besonderer Hinweis auf die im französischen und italienischen Text von Absatz 2 und 3 enthaltene Wendung «mis en vigueur d'urgence» bzw. «messi in vigore d'urgenza» ist m. E. überflüssig. Abzulehnen ist aber auch folgende von Nationalrat Harald *Huber* vertretene Auffassung: «Sofort» in Kraft setzen bedeute offenbar: «auf den nächsten ordentlichen Termin» in Kraft setzen. Daß im Gegensatz zu andern Beschlüssen die Publikation nicht abgewartet werden müsse, was nur ganz ausnahmsweise möglich sei, dürfe wohl doch nicht der Sinn des Artikels sein. Spätestens mit der nächsten Veröffentlichung der Gesetzessammlung müßten also auch solche Beschlüsse publiziert und in Kraft gesetzt werden²⁸.

Eine derartige Interpretation würde zweifellos zu großen Unklarheiten und unfruchtbaren Diskussionen führen. Was heißt: Auf den nächsten ordentlichen Termin in Kraft setzen? Wollte man darunter die nächste Veröffentlichung der Gesetzessammlung verstehen, so wäre zu befürchten, daß mit dieser Veröffentlichung Datumskünsteleien getrieben würden, die mit der Rechtssicherheit schlechthin unvereinbar wären. Ganz abgesehen davon sollen die Erlasse ja auch erst 5 Tage nach ihrer Publikation in Kraft gesetzt werden²⁹. Eine rechtlich saubere und vor allem auch sinnvolle Interpretation ist daher nur möglich, wenn man in der «sofortigen Inkraftsetzung» den Gegensatz zur Unterstellung eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses unter das fakultative bzw. obligatorische Referendum erblickt³⁰.

II. Von erheblich größerer Bedeutung ist freilich die Frage, welches die *Voraussetzungen* der sofortigen Inkraftsetzungen allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse sind, und zwar sollen in diesem Zusammenhang lediglich die materiellen Voraussetzungen der sofortigen Inkraftsetzung geprüft werden³¹.

1. Mit Bezug auf die Erforschung der materiellen Voraussetzungen der sofortigen Inkraftsetzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse nach Art. 89^{bis} BV besteht eine höchst ungünstige Ausgangslage. Sie ist bedingt durch die fatale Unterscheidung zwischen «Notrecht» und «Dringlichkeit», wie sie vom Bundesrat seit seinem

²⁸ SJZ 46, 82.

²⁹ Vgl. Anm. 21 hievor.

³⁰ Vgl. auch *Marti*, a. a. O., 174, sowie das Rechtsgutachten der Bundesrichter *Python*, *Düby* und *Panchaud* über Art. 89^{bis} der Bundesverfassung, 2. Teil, Ziff. 1, letzter Absatz.

³¹ Vgl. über die formellen Voraussetzungen der sofortigen Inkraftsetzung § 23 hienach.

Bericht vom 17. September 1939 über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit³² konstant vertreten worden ist³³. Man kann diese Unterscheidung ungefähr auf die Formel bringen, daß unter der Dringlicherklärung eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses die Ausnahmeform des Rechtssetzungsverfahrens (Ausschaltung des Mitspracherechtes des Volkes infolge zeitlicher Unaufschiebbarkeit des Erlasses) zu verstehen sei, während beim Notrecht der außerordentliche, vom Gesetzes- oder Verfassungsrecht abweichende Inhalt des Erlasses wesentlich sei³⁴. Prüft man diese Auffassung etwa im Lichte von Art. 89, Absatz 3, BV³⁵, so erkennt man, daß offenbar nach der vom Bundesrat wiederholt vertretenen Auffassung für die Dringlicherklärung eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses, der weder Gesetzes- noch Verfassungsrecht berührt, dessen bloße zeitliche Unaufschiebbarkeit genügt, und dies selbst dann, wenn der Erlaß zur Not entbehrt werden könnte³⁶, während es zur Dringlicherklärung eines «notrechtlichen» allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses «jener potenzierten Notwendigkeit, die sich aus dem Begriff Notstand ergibt», bedarf³⁷.

Demgegenüber muß aber mit allem Nachdruck festgestellt werden, daß richtigerweise nur sachlich notwendige Beschlüsse dringlich erklärt werden dürfen; denn ein nicht notwendiger Beschluß erträgt — wie *Marti*³⁸ zu Recht feststellt — immer Aufschub. Dagegen ist ein sachlich notwendiger Beschluß seinem Wesen nach keineswegs immer zeitlich dringlich³⁹. In der Aussage, ein Bundesbeschluß ertrage keinen Aufschub, liegt somit nicht nur ein Urteil über die zeitliche Dringlichkeit, sondern auch ein solches über seine Notwendigkeit^{40 41}.

³² S. § 14, II, 2, hievor.

³³ Vgl. § 14, III, hievor.

³⁴ *K. Locher*, Notrecht und Dringlichkeit, Einige staatsrechtliche Betrachtungen zur Vorgeschichte und zur Auslegung des neuen Artikels 89^{bis} BV, nicht publiziert.

³⁵ In der Fassung vom 22. Januar 1939.

³⁶ Dringlichkeit und Notrecht, Gutachten z. H. der freisinnig-demokratischen Partei der Schweiz, Bern 1937, 6.

³⁷ *Schindler*, Notrecht und Dringlichkeit, 15; vgl. ferner Bbl. 1933 I 542.

³⁸ A. a. O., 173.

³⁹ *Marti*, a. a. O., 173; *Burckhardt*, Komm. BV, 708; *Regi*, Die Grenzen des fakultativen Referendums in der Bundesgesetzgebung, 109: «Wohl sind alle zeitlich dringlichen BB auch sachlich notwendig, nicht aber alle sachlich unentbehrlichen auch zeitlich dringlich.»

⁴⁰ *Marti*, a. a. O., 174.

⁴¹ Auch im Rechtsgutachten der Bundesrichter *Python*, *Düby* und

2. Die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung ist ihrem Wesen nach ein Fall relativer Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers⁴². Als solche kann sie lediglich Voraussetzung der notrechtlichen Kompetenzverschiebung⁴³ oder Kompetenzzuweisung⁴⁴ an den Notgesetzgeber bilden. Die Feststellung der zeitlichen Dringlichkeit bedeutet somit zunächst nur, daß eine bestimmte gesetzgeberische Maßnahme ihren Zweck aus zeitlichen Gründen nicht erfüllen kann, wenn sie im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren ergeht. Darüber, ob dieser Erlaß auch wirklich die materielle Voraussetzung der potenzierten Notwendigkeit erfüllt, die sich aus dem Begriff Notstand ergibt⁴⁵, sagt sie nichts aus. Aber auch Art. 89^{bis} schweigt sich, wie bereits seine Vorgänger, die Art. 89, Abs. 2, von 1874, und 89, Abs. 3, von 1939, darüber aus. Im Gegensatz dazu verlangt Art. 29, Abs. 2, als materielle Voraussetzung für die Handhabung des Zollnotrechts das Vorliegen «außerordentlicher Umstände», und Art. 32, Abs. 1, letzter Satz, bestimmt, daß die in Art. 31^{bis}, 31^{ter}, Abs. 2, 31^{quater} und 31^{quinquies} genannten Bestimmungen nur «in Zeiten wirtschaftlicher Störungen» auf dem Wege der Notrechtssetzung eingeführt werden dürfen⁴⁶. Beide Umschreibungen sind reichlich vag; sie entsprechen aber gerade

Panchaud über Art. 89^{bis} der Bundesverfassung, 1. Teil, Abschnitt C, Ziff. 2, wird die hier kritisierte Unterscheidung zwischen «sofortiger Inkraftsetzung» gemäß Art. 89^{bis}, Absatz 1, und «Notrecht» getroffen, indem dort ausgeführt wird, daß das der Bundesversammlung durch Art. 89^{bis} für die Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt übertragene Recht nicht mit dem «Notrecht» zu verwechseln sei. Ein Notfall, der außerhalb der Verfassung stehende Maßnahmen rechtfertige, liege nur vor, wenn der Bestand des Staates selbst in Gefahr sei und wenn eine Abwehr auf verfassungsmäßigem Wege unmöglich sei. Dagegen könne die Bundesversammlung unter den in Art. 89^{bis} festgelegten Bedingungen einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß erlassen, der von der Verfassung abweicht, sobald sein Inkrafttreten keinen Aufschub ertrage. Um im Sinne von Art. 89^{bis}, Absatz 1, zeitlich dringlich zu sein, müsse ein Bundesbeschluß implizite notwendig, sogar unerläßlich für den Schutz der allgemeinen Interessen sein, die ohne diesen Beschluß stark gefährdet wären. Es bestehe jedoch ein großer Unterschied zwischen diesem Zustande der Dringlichkeit und dem wirklichen Notstand, wo der Bestand des Staates selbst auf dem Spiel stehe.

⁴² Vgl. § 5, II, 2.

⁴³ Sofern der ordentliche Gesetzgeber selbst zur Erzeugung von Notrecht im materiellen Sinne kompetent ist; vgl. §§ 9 und 10 hievor.

⁴⁴ Sofern der ordentliche Gesetzgeber keine materiell notrechtlichen, d. h. transitorische Normen erzeugen darf; vgl. §§ 9 und 10 hievor.

⁴⁵ *Schindler*, a. a. O., 15.

⁴⁶ Was auf dem Gebiete der Wirtschaftsgesetzgebung eigentlich eine Selbstverständlichkeit ist; vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 777, Anm. 10a.

darum den Gegebenheiten der Notrechtssetzung. Denn jede sachliche Ermessenseinschränkung des mit der Erzeugung materiellen Notrechts betrauten Organs⁴⁷ im Sinne einer Umschreibung und Feststellung der abzuwendenden Gefahr⁴⁸ erscheint problematisch⁴⁹.

Mit Bezug auf die materiellen Voraussetzungen der Notrechtssetzung sowohl auf der Gesetzes- wie auf der Verfassungsstufe stellt Art. 89^{bis} eine reine Ermessenskompetenz dar, die nur durch das mehr formale Erfordernis der zeitlichen Dringlichkeit für das Tätigwerden des Notgesetzgebers einigermaßen eingeschränkt wird.

Diese Lösung scheint dem Institut der Notrechtssetzung durchaus angemessen. Der Notgesetzgeber soll seine Verantwortung selber tragen und sich nicht mittels Interpretationskünsten hinter einer unklaren sachlichen Ermessensumschreibung verstecken können. Man mag hier einwenden, es sei nicht dasselbe, ob Notrecht auf der Gesetzes- oder Verfassungsstufe gesetzt werde; jedenfalls müsse diese an strengere Voraussetzungen geknüpft werden als jene. Einer derartigen Differenzierung, gegen die gewiß nichts einzuwenden ist, steht die materiell voraussetzungslose Regelung der Notrechtssetzung in Art. 89^{bis} indessen nicht entgegen. Sache der Praxis ist es, das freie Ermessen in richtige Bahnen zu lenken. Weit wirksamer als jede sachliche Umschreibung der Notstandsgründe dürfte sich übrigens die in Abs. 2 und 3 statuierte Ermessenskontrolle⁵⁰ durch das Volk in Form des fakultativen oder obligatorischen Referendums erweisen⁵¹.

§ 22. Die Befristung der allgemeinverbindlichen, sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüsse

Art. 89^{bis}, Abs. 1, bestimmt, daß die Gültigkeitsdauer der sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüsse zu *befristen* sei. Im Verfahren der Notrechtssetzung können somit ausschließlich transitorische Normen, d. h. aber solche, die das Wesensmerkmal des Notrechts im materiellen Sinne aufweisen⁵², erzeugt werden. Die Befristung der allgemeinverbindlichen, sofort in Kraft gesetzten Bun-

⁴⁷ Gleichgültig, ob es sich um den ordentlichen oder um den Notgesetzgeber handelt.

⁴⁸ Vgl. § 7, I, hievor.

⁴⁹ Vgl. etwa auch Bbl. 1939 I 547 f.

⁵⁰ Die freilich nur im Falle überjähriger Notrechtserlasse spielt.

⁵¹ Vgl. *Marti*, a. a. O., 182.

⁵² Vgl. § 8 hievor.

desbeschlüsse ist freilich insofern keine absolute, als unter bestimmten Umständen die Möglichkeit der Verlängerung bzw. Erneuerung derselben besteht⁵³, und zwar können die intrakonstitutionellen Beschlüsse verlängert oder erneuert werden, wenn gegen sie das Referendum nicht ergriffen wird oder wenn sie in der Referendumsabstimmung angenommen worden sind. Nicht auf die Verfassung gestützte Beschlüsse müssen dagegen in jedem Falle von Volk und Ständen angenommen worden sein, sollen sie verlängert oder erneuert werden können⁵⁴.

Diese Möglichkeit der Verlängerung oder Erneuerung der sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüsse entspricht durchaus dem Wesen der Notrechtssetzung, denn so sehr auch der Begriff des Notstandes mit der Vorstellung von etwas Vorübergehendem, Außerordentlichem verbunden ist⁵⁵, so wenig kann die Dauer desselben von vornherein abgeschätzt werden. Ja man wird sich sogar fragen müssen, ob nicht im Falle klar erkennbarer Ausnahmезustände, wie z. B. einer allgemeinen Mobilmachung, an Stelle einer bestimmten Frist auf die zunächst unbestimmte Dauer des Ausnahmezustandes abgestellt werden darf.

§ 23. Das Verfahren der sofortigen Inkraftsetzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse

I. Art. 89^{bis}, Abs. 1, BV bestimmt, daß die allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt, durch die *Mehrheit aller Mitglieder* in jedem der beiden Räte sofort in Kraft gesetzt werden können. Das Erfordernis des qualifizierten Mehrs für die sofortige Inkraftsetzung entspricht demjenigen für die Dringlicherklärung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse nach dem aufgehobenen Abs. 3 von Art. 89 in der Fassung vom 22. Januar 1939⁵⁶.

Bereits bei der erstmaligen Anwendung von Art. 89, Abs. 3⁵⁷ ergaben sich hinsichtlich des Verfahrens der Dringlicherklärung

⁵³ Vgl. *Marti*, a. a. O., 179.

⁵⁴ Sind die Voraussetzungen für eine Verlängerung des sofort in Kraft gesetzten BB gegeben, so kann diese auch durch die Bundesversammlung vorgenommen werden, sofern der BB eine entsprechende Ermächtigung (die selbstverständlich ihrerseits befristet sein muß) enthält.

⁵⁵ Vgl. § 8 hievor.

⁵⁶ Vgl. § 14, II, 4, hievor.

⁵⁷ Es handelte sich um die Dringlicherklärung des BB vom 6. April 1939 über Maßnahmen zur weiteren Förderung des Ackerbaus; Bbl. 1938 II 1055; AS 55, 419.

Meinungsverschiedenheiten und Zweifel^{58 59}, die nur im Wege der Gesetzgebung ein für allemal erledigt werden konnten. Mit Botschaft vom 9. Juni 1939⁶⁰ beantragte daher der Bundesrat, das Geschäftsverkehrsgesetz durch folgenden Artikel 7^{bis} zu ergänzen:

«¹ Ist der Entwurf zu einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß mit der Dringlichkeitsklausel versehen, so wird die Beratung darüber verschoben bis nach erfolgter Differenzbereinigung. Dies gilt auch, wenn die Dringlichkeit von einem Mitglied des Rates beantragt wird.

² Die Dringlichkeit kann nur durch die Mehrheit aller Mitglieder in jedem der beiden Räte beschlossen werden, wobei die Stimme der Präsidenten wie diejenige der andern Ratsmitglieder gilt. Die Abstimmung über die Dringlichkeit muß ausdrücklich auf der Tagesordnung vermerkt worden sein.

³ Sofern die Beschlußfassung des einen Rates mit derjenigen des andern nicht übereinstimmt, so wird hievon diesem Rate Mitteilung gemacht, der von neuem Beschluß zu fassen hat. Hält derjenige Rat, der die Dringlichkeit verworfen hat, an diesem Beschluß fest, so wird dieser endgültig, und die Dringlichkeitsklausel durch die Referendums-klausel ersetzt.»

Diesem Antrag stimmten beide Räte diskussionslos⁶¹ zu durch Annahme des BG vom 21. September 1939 zur Ergänzung desjenigen vom 9. Oktober 1902 über den Geschäftsverkehr zwischen Nationalrat, Ständerat und Bundesrat, sowie über die Form des Erlasses und der Bekanntmachung von Gesetzen und Beschlüssen⁶². Art. 7^{bis} Geschäftsverkehrsgesetz wurde später auch in die Geschäftsreglemente der beiden Räte aufgenommen⁶³.

II. Die eidgenössischen Räte wenden die in Art. 7^{bis} des Ge-

⁵⁸ Diese waren vorab durch den Umstand verursacht, daß bei der Dringlicherklärung des BB über die weitere Ackerbauförderung (vgl. die vorhergehende Anm.) das qualifizierte Mehr nur im Nationalrat, nicht aber im Ständerat, der für die Dringlichkeitsklausel zunächst nur das einfache Mehr aufbrachte, erzielt wurde. Erst nachdem der Nationalrat beschlossen hatte, an der Dringlichkeitsklausel festzuhalten, lenkte der Ständerat ein.

⁵⁹ Im einzelnen waren folgende Fragen aufgetaucht:

1. in welchem Stadium der Verhandlungen die Frage der Dringlichkeit aufzuwerfen sei;
 2. wie im Falle einer Differenz zwischen den beiden Räten über die Dringlicherklärung vorzugehen sei;
 3. ob sich der Präsident an der Stimmabgabe beteiligen könne.
- Vgl. dazu Sten. Bull. StR 1939, 341, 357.

⁶⁰ Bbl. 1939 I 965.

⁶¹ Sten. Bull. 1939, NR, 527, StR, 589.

⁶² AS 56, 157.

⁶³ Geschäftsreglement des Nationalrates, vom 4. April 1946, Art. 82;

schäftsverkehrsgesetzes verankerten Grundsätze auch für die *sofortige Inkraftsetzung* allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse nach Art. 89^{bis} an. Dies ist erstmals bei der Verabschiedung der Finanzordnung 1950 und 1951⁶⁴ geschehen, wobei freilich zu Unrecht die Frage aufgeworfen wurde, ob für die sofortige Inkraftsetzung nicht auf die Verfassung gestützter Bundesbeschlüsse im Sinne von Art. 89^{bis}, Abs. 3, das qualifizierte Mehr überhaupt notwendig sei⁶⁵. In gleicher Weise wurde verfahren beim BB vom 21. Dezember 1950 über die Verlängerung des BB über den Transport von Personen und Sachen mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Straßen⁶⁶ und beim BB vom 19. Dezember 1951 betreffend die Verlängerung der Gültigkeitsdauer des BB über die Bewilligungspflicht für die Eröffnung und Erweiterung von Gasthöfen⁶⁷.

§ 24. Die Rechtssetzungsform

I. Die Anwendung der in Art. 7^{bis} des Geschäftsverkehrsgesetzes enthaltenen Vorschriften auf die sofortige Inkraftsetzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse nach Art. 89^{bis}, Abs. 1, hat automatisch zur Folge, daß derartige Beschlüsse dringlich erklärt, d. h. mit einer *Dringlichkeitsklausel* versehen werden. Eine solche Dringlicherklärung ist nun freilich in Art. 89^{bis}, Abs. 1, nicht vorgesehen. Man wird in diesem Zusammenhang immerhin darauf hinweisen können, daß wenigstens der französische und der italienische Text in Abs. 2 und 3 von Art. 89^{bis} an Stelle von «sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüssen», von «arretés fédéraux mis en vigueur d'urgence» bzw. von «decreti federali messi in vigore d'urgenza» sprechen⁶⁸. Diese Abweichung zwischen den verschiedenen Absätzen der romanischen Texte sowie allgemein zwischen den deutschen und den romanischen Texten trägt zwar nicht gerade zum leichtern Verständnis des ohnehin nicht sehr klar abgefaßten Art. 89^{bis} bei; sie bildet aber immerhin eine goldene Brücke für die Anwendung der in Art. 7^{bis} des Geschäftsverkehrsgesetzes vorgesehenen Dringlichkeitsklausel⁶⁹.

BS I, 211; Geschäftsreglement des Ständerates, vom 17. Oktober 1946, Art. 66; BS I, 229.

⁶⁴ Sten. Bull. 1949, StR, 537 ff., NR, 897 ff.

⁶⁵ Vgl. die vorstehende Anm.

⁶⁶ AS 1950, 1500; Sten. Bull. 1950, StR 285, 421, NR 841, 857.

⁶⁷ AS 1951, 1259.

⁶⁸ Vgl. § 18, I, 1 hievor.

⁶⁹ Die Verwendung der Dringlichkeitsklausel wäre m. E. wohl auch zulässig, wenn Art. 89^{bis} in allen drei Landessprachen konsequent von

II. Die Einfügung der Dringlichkeitsklausel stempelt die sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse zu *dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen*. Daraus darf nun aber nicht abgeleitet werden⁷⁰, daß auf diese dringlichen Bundesbeschlüsse nun ohne weiteres wieder die von den Behörden in den 30er Jahren entwickelten Grundsätze betreffend Dringlichkeit und Notrecht angewendet werden können. Man muß sich vielmehr darüber klar sein, daß Art. 89^{bis} eine derartige Unterscheidung⁷¹ weitgehend, wenn nicht völlig, ausschließt⁷², und zwar, weil nach der richtigen Praxis der Bundesversammlung sowohl die Notverordnung intra constitutionem nach Art. 89^{bis}, Abs. 2, wie diejenige contra constitutionem nach Art. 89^{bis}, Abs. 3, in dem durch Art. 7^{bis} des Geschäftsverkehrsgesetzes vorgesehenen Verfahren, d. h. durch Einfügung der Dringlichkeitsklausel sofort in Kraft gesetzt werden. Damit wird aber die Dringlicherklärung zur reinen Rechtssetzungsform, deren Inhalt im übrigen ausschließlich durch Art. 89^{bis} bestimmt wird.

Dritter Abschnitt

Die Mitwirkung von Volk und Ständen bei der Notrechtssetzung

(Die unmittelbare Demokratie der Notrechtssetzung)

Abgesehen von der Notrechtssetzung auf der Verfassungsstufe ist die wichtigste Neuerung, welche die Einführung von Art. 89^{bis} gebracht hat, eine *nachträgliche Ermessenskontrolle* des selbständigen Notverordnungsrechtes der Bundesversammlung. Eine der-

«sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlüssen» spräche. Dies mindestens so lange, als nicht eine besondere gesetzliche Regelung etwas anderes anordnet. Bis zum Erlaß einer solchen Ordnung, wenn er überhaupt je in Frage kommt, ist die Anwendung von Art. 7^{bis} des Geschäftsverkehrsgesetzes der gewohnheitsrechtlichen Regelung des Verfahrens der sofortigen Inkraftsetzung allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüsse gleichzustellen.

⁷⁰ Wie dies immer wieder versucht wird; vgl. z. B. schon den Bericht des Bundesrates vom 27. Februar 1948 über die Rückkehr zur direkten Demokratie, Bbl. 1948 I 1054; *Harald Huber*, zur Problematik des Dringlichkeitsartikels der BV; *Marti*, a. a. O., 182.

⁷¹ Die m. E. ohnehin nicht zutreffend ist.

⁷² Zwischen «Dringlichkeit» und «Notrecht» könnte allenfalls noch in dem Sinne unterschieden werden, daß sämtliche im Rahmen von Art. 89^{bis} ergangenen allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse unter den Begriff der «Dringlichkeit» fallen würden, während nur solche Beschlüsse, die auch die Schranken von Art. 89^{bis} durchbrechen (vgl. dazu § 29 hienach) als «Notrecht» i. S. der von den Bundesbehörden verwendeten Terminologie bezeichnet werden könnten.

artige Kontrolle ist, wie *Marti*⁷³ bemerkt, grundsätzlich in liberalem oder demokratischem Sinne denkbar. Es wäre in der Tat nicht ausgeschlossen gewesen, daß Art. 89^{bis} zunächst das Verfahren der intrakonstitutionellen und extrakonstitutionellen Notrechtssetzung geordnet, die Handhabung dieser Ordnung indessen der nachträglichen Kontrolle durch das Bundesgericht als Verfassungsgerichtshof unterstellt hätte. Art. 89^{bis} hat einen andern Weg eingeschlagen. Er bestimmt in Abs. 2, daß die sofort in Kraft gesetzten Beschlüsse (die sich auf die Verfassung stützen) der Volksabstimmung unterstellt werden müssen, wenn dies von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von 8 Kantonen verlangt wird. Werden die sofort in Kraft gesetzten Beschlüsse an der Volksabstimmung verworfen oder dem Volk trotz zustande gekommenem Referendum nicht zur Abstimmung vorgelegt, so treten sie im Jahre nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung außer Kraft und können nicht erneuert werden. Die intrakonstitutionelle Notverordnung der Bundesversammlung wird somit nachträglich dem fakultativen Referendum unterstellt.

Mit Bezug auf die von der Bundesversammlung erlassene Notverordnung contra constitutionem statuiert Art. 89^{bis}, Abs. 3, sogar das obligatorische nachträgliche Referendum von Volk und Ständen.

Der Entscheid darüber, ob sich eine Notverordnung auf die Verfassung stütze oder nicht, steht allein der Bundesversammlung zu. Diese bestimmt somit, ob der sofort in Kraft gesetzte Bundesbeschluß dem fakultativen Referendum nach Art. 89^{bis}, Abs. 2, oder dem obligatorischen Referendum nach Art. 89^{bis}, Abs. 3, zu unterstellen sei. Man wird wohl kaum fehl gehen in der Annahme, daß diesem Entscheid in den meisten Fällen eine reine Rechtsfrage zugrunde liegen wird. Es böte sich m. a. W. in diesem Zusammenhang die seltene Möglichkeit einer weitgehenden ermessensfreien Verfassungsgerichtsbarkeit, die jedoch ihrerseits wiederum einer besonderen verfassungsrechtlichen Grundlage⁷⁴ bedürfte. Dabei hätte der Verfassungsgerichtshof lediglich darüber zu entscheiden, ob die Notverordnung dem fakultativen oder obligatorischen Referendum zu unterstellen sei, nicht aber darüber, ob sie überhaupt erlassen werden solle. Auf eine eigentliche Ermessensüberprüfung durch den Verfassungsgerichtshof könnte um so eher verzichtet werden, als das in Art. 89^{bis} statuierte Mitbestimmungsrecht des

⁷³ A. a. O., 180.

⁷⁴ Z. B. durch Revision von Art. 113 BV.

Volkes die Behörden ohnehin zu einer vorsichtigen Handhabung ihrer Notrechtssetzungskompetenz zwingen dürfte^{75 76}.

§ 25. Das fakultative Referendum

I. Während die Bundesgesetze und die nicht sofort in Kraft gesetzten bzw. dringlich erklärten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse nach Art. 3 des BG vom 17. Juni 1874 betr. Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse (Referendums-gesetz)⁷⁷ unmittelbar nach ihrem Erlaß zu veröffentlichen und den Kantonsregierungen in einer angemessenen Anzahl von Exemplaren zuzustellen sind⁷⁸, sind dringlich erklärte allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse gemäß Art. 2 des Referendumsgesetzes vom Bundesrat in die amtliche Gesetzessammlung aufzunehmen und zu vollziehen.

Bis zum Erlaß einer besondern gesetzlichen Regelung wird dem in Art. 89^{bis}, Abs. 2, BV statuierten Referendumsvorbehalt dadurch Rechnung getragen werden müssen, daß in analoger Anwendung von Art. 4 des Referendumsgesetzes den Bürgern oder Kantonen Gelegenheit gegeben wird, *innerhalb 90 Tagen*, vom Tage der Veröffentlichung des sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses an gerechnet, das Begehren der Volksabstimmung zu stellen. Dabei werden die Bundesbehörden darüber entscheiden müssen, ob sie im Falle eines dem Referendum unterstellten, sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlusses in gleichzeitiger Anwendung der Art. 2 und 4 des Referendumsgesetzes den betreffenden Bundesbeschluß sowohl in der amtlichen Sammlung wie im Bundesblatt publizieren wollen. Es zeigt sich gerade auch in diesem Zusammenhang, daß die Durchführung von Art. 89^{bis} auf Grund der bestehenden Ausführungsgesetzgebung nicht mit der wünschbaren Eindeutigkeit geregelt ist. De lege ferenda wäre wohl auch

⁷⁵ Dies wird auch durch die Praxis der Bundesbehörden seit der Einführung von Art. 89^{bis} bestätigt.

⁷⁶ Schürmann, a. a. O. (vgl. Anm. 1 hievor), 357, schlägt in diesem Zusammenhang die Einsetzung einer Verfassungskommission vor, die sich konsultativ darüber auszusprechen hätte, ob ein «Dringlichkeitsbeschluß» nach Abs. 2 oder Abs. 3 zu behandeln sei. Die Schaffung einer derartigen Kommission bedürfte m. E. ebenfalls einer besondern verfassungsrechtlichen Grundlage. Dies jedenfalls dann, wenn die Kommission irgendwelchen rechtlichen Einfluß auf die Entscheidung der Bundesversammlung nehmen können soll.

⁷⁷ BS I, 173; vgl. Fleiner/Giacometti, BStR, 752.

⁷⁸ Die Veröffentlichung hat nach Art. 4 des Referendumsgesetzes im Bundesblatt zu erfolgen.

zu erwägen, ob nicht für sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse eine Verkürzung der lediglich gesetzlich festgelegten Referendumsfrist von 90 Tagen vorgenommen werden sollte⁷⁹. Gegen eine derartige Differenzierung der Referendumsfristen spricht freilich der Umstand, daß Art. 89, Abs. 2, und Art. 89^{bis}, Abs. 2, den Referendumsvorbehalt materiell gleich regeln. Andererseits besteht jedoch ein gewisses Interesse daran, über das Schicksal eines sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlusses schon vor Ablauf der 5—6 Monate, die die Durchführung des Referendums erfordert⁸⁰, Bescheid zu wissen; denn der negative Ausgang der Volksabstimmung hat nach Art. 89^{bis}, Abs. 2, zur Folge, daß der verworfene Bundesbeschluß ein Jahr nach seiner Annahme durch die Bundesversammlung außer Kraft tritt und nicht erneuert werden kann.

II. Wird das *Referendum* innert der Frist von 90 Tagen⁸¹ *nicht ergriffen*, so bleibt der sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschluß bis zum Ablauf der von den eidgenössischen Räten nach Art. 89^{bis}, Abs. 1, zu befristenden Gültigkeitsdauer in Kraft⁸². Überdies kann er nach Ablauf dieser Frist wiederum durch sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß⁸³ erneuert oder verlängert werden.

III. Werden innerhalb der Frist von 90 Tagen Eingaben an den Bundesrat mit dem *Begehren um Volksabstimmung* gerichtet, und ergibt die Zusammenstellung und Prüfung der Eingaben, daß das Begehren von der erforderlichen Anzahl stimmberechtigter Schweizerbürger oder Kantone unterstützt wird, so ordnet der Bundesrat nach Art. 8 des Referendumsgesetzes die Vornahme der allgemeinen Volksabstimmung an. In diesem Zusammenhang erhebt sich die

⁷⁹ In Frage käme allenfalls eine Abkürzung der Frist um $\frac{1}{3}$, d. h. auf 60 Tage.

⁸⁰ Vgl. Anm. 27 hievor.

⁸¹ Vgl. Ziff. I hievor.

⁸² Auf Grund der geltenden Gesetzgebung (Art. 7 des Referendumsgesetzes) läßt sich die Frage nicht beantworten, ob und in welcher Weise der Bundesrat das Nichtzustandekommen des Referendumsbegehrens festzustellen hat und welche Handlungen ihm im Falle dieser Feststellung obliegen. Eine derartige Feststellung erscheint jedoch unerlässlich, wenn Begehren um Volksabstimmung innert der gesetzlichen Frist einlangen, die amtliche Zusammenstellung und Prüfung jedoch erweist, daß sie weder von 30 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern noch von 8 Kantonen unterstützt sind.

⁸³ Der seinerseits den Vorschriften von Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 2, BV untersteht; vgl. *Marti*, a. a. O., 178.

Frage, ob die Publikation des sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses in der Amtlichen Sammlung dem Erfordernis der «allgemeinen Bekanntmachung» nach Art. 8 und 9 des Referendumsgesetzes Genüge leiste⁸⁴.

IV. Kommt der Bundesrat den ihm nach Art. 8 des Referendumsgesetzes obliegenden Pflichten nicht nach, so hat das im normalen Falle das *Ende des Gesetzgebungsverfahrens* zur Folge, d. h. die betreffenden Bundesgesetze oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse können überhaupt nicht in Kraft treten. Der sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschluß besitzt dagegen bereits Gültigkeit. Art. 89^{bis}, Abs. 2, BV ordnet deshalb als Sanktion für die Nichtvornahme der Volksabstimmung an, daß der betreffende sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschluß ein Jahr nach seiner Annahme durch die Bundesversammlung⁸⁵ außer Kraft trete und nicht erneuert werden könne.

V. Das *Verfahren der Volksabstimmung* über sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, gegen die das Referendum ergriffen worden ist, erscheint in Art. 8 und 9 ff. des Referendumsgesetzes ausreichend geordnet⁸⁶. Ergibt die Volksabstimmung ein positives Resultat, so bleibt der sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschluß weiterhin in Kraft, wie wenn gegen ihn kein Referendum ergriffen worden wäre⁸⁷. Verläuft die Volksabstimmung dagegen negativ, so fällt er ein Jahr nach seiner Annahme durch die Bundesversammlung dahin⁸⁸ und kann nicht erneuert oder verlängert werden.

VI. Entsprechend dem fakultativen Referendum gegen Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse stellt auch das Referendum gegen sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse ein *devolutives Veto*⁸⁹ dar, das den Entscheid über das rechtliche Schicksal des Erlasses in die Hände der Stimmberech-

⁸⁴ Diese ist m. E. zu verneinen. Nach ständiger Praxis der Bundesbehörden zu Art. 8 und 9 des Referendumsgesetzes wird nämlich jedem Stimmberechtigten ein gedrucktes Exemplar des betreffenden Bundesgesetzes oder Bundesbeschlusses zugestellt; vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 754f. Die Praxis stellt mit Recht an den Begriff der «ausreichenden Bekanntmachung» (Art. 9 des Referendumsgesetzes) strengste Anforderungen, von denen abzugehen auch bei der Abstimmung über sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse kein Anlaß besteht.

⁸⁵ Über die Bestimmung dieser Frist vgl. § 28 hienach.

⁸⁶ Über den Gang des Verfahrens vgl. *Fleiner/Giacometti*, BStR, 755f.

⁸⁷ Vgl. Ziff. I hievor.

⁸⁸ Vgl. Anm. 85 hievor.

⁸⁹ Vgl. *Giacometti*, StRK, 438; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 760.

tigten legen will. Im Gegensatz zum Referendum gegen Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse nach Art. 89, Abs. 2, BV kann es sich im Falle der sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse nicht darum handeln, den Eintritt der unbedingten normativen Geltung des Erlasses zu verhindern; denn der sofort in Kraft gesetzte Beschluß erlangt seine Geltung bereits mit der Annahme durch die Bundesversammlung, und zwar nicht im Moment der Annahme der Dringlichkeitsklausel durch die Mehrheit aller Mitglieder in jedem der beiden Räte, sondern im Moment der Schlußabstimmung. Dagegen ist die Ergreifung des Referendums und im Falle des Zustandekommens desselben die Volksabstimmung entscheidend für die Weitergeltung des Erlasses nach Ablauf eines Jahres seit seiner Annahme durch die Bundesversammlung. Die Weitergeltung könnte daher in ähnlichem Sinne als suspensiv bedingt angesehen werden wie die Rechtskraft der von der Bundesversammlung angenommenen Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse⁹⁰. Angesichts des Umstandes, daß die Ergreifung des Referendums die bereits bestehende normative Geltung der Notverordnung in Frage stellt, scheint es indessen angemessener, diese Geltung als resolutiv bedingt anzusehen. Tritt diese Bedingung ein, d. h. kommt das Referendumsbegehren zustande, so fällt der sofort in Kraft gesetzte Bundesbeschluß ein Jahr nach seiner Annahme durch die Bundesversammlung dahin, sofern er nicht vor Ablauf der Jahresfrist in der Volksabstimmung gutgeheißen wird.

§ 26. Das obligatorische Referendum

I. Das *obligatorische Referendum* ist im BG vom 27. Januar 1892 über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. Revision der Bundesverfassung⁹¹ geregelt. Dieses Gesetz verweist jedoch in Art. 16 bezüglich der Anordnung und Vornahme der Volksabstimmung auf die Bestimmungen des Referendumsgesetzes vom 17. Juni 1874. Hinsichtlich der Frist, innert welcher die Abstimmung von Volk und Ständen anzuordnen ist, bestehen keinerlei Vorschriften. Die Abstimmung muß indessen so rechtzeitig angesetzt werden, daß ihr Ergebnis noch innert der in Art. 89^{bis}, Abs. 3, BV vorgesehenen Jahresfrist erwahrt werden kann, ansonst der sofort in Kraft gesetzte allgemeinverbindliche Bundes-

⁹⁰ Vgl. *Giacometti*, a. a. O., 438; *Fleiner/Giacometti*, BStR, 759.

⁹¹ BS I, 169.

beschluß ein Jahr nach seiner Annahme durch die Bundesversammlung außer Kraft tritt und nicht erneuert werden kann.

II. Wird die *Abstimmung von Volk und Ständen* fristgerecht durchgeführt, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. Verläuft die Abstimmung negativ, d. h. wird der Bundesbeschluß von der Mehrheit der Stimmenden oder der Stände oder von beiden verworfen, so tritt er ein Jahr nach seiner Annahme durch die Bundesversammlung⁹² außer Kraft und kann nicht erneuert werden, wie wenn die Abstimmung nicht stattgefunden hätte.

2. Wird der Bundesbeschluß dagegen sowohl von der Mehrheit der Stimmenden als auch derjenigen der Stände angenommen, so bleibt er während der ganzen, von der Bundesversammlung nach Art. 89^{bis}, Abs. 1, BV zu befristenden Geltungsdauer in Kraft und kann nach Ablauf dieser Frist durch einen weitem sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen, nicht auf die Verfassung gestützten Bundesbeschluß erneuert bzw. verlängert werden.

III. Im Gegensatz zu den intrakonstitutionellen Notverordnungen der Bundesversammlung nach Art. 89^{bis}, Abs. 2, BV müssen die nicht auf die Verfassung gestützten Bundesbeschlüsse nach Art. 89, Abs. 3, BV stets die Volksabstimmung passieren, soll die Dauer ihrer Geltung mehr als ein Jahr betragen.

Vierter Abschnitt

Das selbständige Notverordnungsrecht der Bundesversammlung

(Die Grenzen der unmittelbaren Demokratie der Notrechtssetzung)

§ 27. Der Ausschluß des fakultativen und obligatorischen Referendums durch Art. 89^{bis} BV

I. Wiewohl Art. 89^{bis} die Notrechtssetzung der Bundesversammlung durch Einführung des nachträglichen fakultativen bzw. obligatorischen Referendums unter die unmittelbare Kontrolle des Volkes bzw. des Volkes und der Stände stellt, hat er das *selbständige Notverordnungsrecht* der Bundesversammlung doch nicht völlig beseitigt. Indem die Absätze 2 und 3 von Art. 89^{bis} bestimmen, daß die sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse ein Jahr nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung außer Kraft treten, sofern die vorgesehene Volksabstimmung nicht durchgeführt wird oder negativ verläuft, ordnen sie zweifellos

⁹² Vgl. § 28 hienach.

ein Außerkrafttreten dieser Bundesbeschlüsse mit Wirkung ex nunc und nicht ex tunc an⁹³. Dies hat zur Folge, daß die Bundesversammlung Notverordnungen intra und contra constitutionem, deren Gültigkeitsdauer nicht mehr als ein Jahr beträgt, selbständig erlassen kann. In der Tat erschiene es auch wenig sinnvoll, auf ein Jahr oder kürzer befristete Notverordnungen der fakultativen oder obligatorischen Volksabstimmung zu unterstellen, da der Ausgang der Volksabstimmung für das rechtliche Schicksal der Notverordnung bedeutungslos ist⁹⁴.

II. Die Bundesversammlung hat von ihrer selbständigen Notverordnungskompetenz bisher in zwei Fällen *Gebrauch* gemacht⁹⁵. Es handelt sich um den BB vom 21. Dezember 1950 über die Verlängerung des BB über den Transport von Personen und Sachen mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Straßen⁹⁶ und den BB vom 19. Dezember 1951 betr. die Verlängerung der Gültigkeitsdauer des BB über die Bewilligung für die Erweiterung von Gasthöfen⁹⁷. In beiden Fällen mußten bestehende, zeitlich befristete Erlasse um einige Monate verlängert werden, da die dem fakultativen Referendum unterstehende neue gesetzliche Ordnung nicht rechtzeitig in Kraft gesetzt werden konnte.

§ 28. Die Bestimmung der Jahresfrist

I. Will man sich über die Tragweite des selbständigen Notverordnungsrechtes der Bundesversammlung Rechenschaft ablegen, so ist es unerläßlich, zu wissen, in welchen *zeitlichen Grenzen* sich dieses Verordnungsrecht hält. Diese Frage ist von um so größerer Bedeutung, als die selbständigen Notverordnungen der Bundesversammlung nach Ablauf der Jahresfrist nicht erneuert werden dürfen⁹⁸. Sie stellt sich übrigens auch im Zusammenhang mit sofort

⁹³ Vgl. *Giacometti*, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 46, 90, Spalte 2.

⁹⁴ Vgl. *Marti*, a. a. O., 179, Anm. 36.

⁹⁵ Dem Referendum unterstellt worden ist bisher überhaupt nur ein einziger Beschluß, derjenige vom 21. Dezember 1949 betr. die Übergangsordnung des Finanzhaushaltes des Bundes (Finanzordnung 1950 und 1951); AS 1949, 1511. In der Folge wurde dann aber auf die Durchführung der obligatorischen Abstimmung von Volk und Ständen verzichtet und für das Jahr 1951 bereits die im Wege der ordentlichen Verfassungsgesetzgebung erlassene, am 3. Dezember 1950 von Volk und Ständen angenommene Finanzordnung 1951—1954 angewandt (AS 1950, 1463).

⁹⁶ AS 1950, 1500.

⁹⁷ AS 1951, 1259; vgl. § 5, II, 1, Anm. 98, hievior.

⁹⁸ In diesem Zusammenhang wirft *Marti*, a. a. O., 181, die Frage auf,

in Kraft gesetzten Bundesbeschlüssen, die auf mehr als ein Jahr befristet, in der Folge aber aus irgendeinem Grunde der Volksabstimmung nicht unterstellt⁹⁹ oder in der Abstimmung verworfen werden.

II. Nach dem deutschen Text der Abs. 2 und 3 von Art. 89^{bis} steht eindeutig fest, daß die selbständigen Notverordnungen der Bundesversammlung *ein Jahr nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung außer Kraft treten*. Aus dem französischen und italienischen Text von Abs. 3 des Art. 89^{bis} könnte nun freilich herausgelesen werden, daß diese Frist erst mit Ablauf des auf die Annahme des Beschlusses folgenden Kalenderjahres endigte¹⁰⁰. Eine derartige Auslegung widerspricht jedoch nicht nur der Ratio des Art. 89^{bis}¹⁰¹, sie stößt sich vielmehr bereits daran, daß Abs. 3, der sich mit den materiell viel bedeutungsvolleren Notverordnungen *contra constitutionem* befaßt, der Bundesversammlung zeitlich weitergehende Kompetenzen einräumen würde als Abs. 2, der die Kompetenz zum Erlaß intrakonstitutioneller Notverordnungen begründet. Heute kann wohl die Auffassung, daß die Gültigkeitsdauer der selbständigen Notverordnungen der Bundesversammlung maximal ein Jahr betragen kann, als unbestritten gelten¹⁰².

III. Mit der Feststellung, daß die selbständigen Notverordnungen der Bundesversammlung während höchstens eines Jahres in Kraft

was geschehe, wenn die Bundesversammlung das Erneuerungsverbot mißachte. Wohl mit Recht stellt er fest, daß auch ein solcher verfassungswidriger Beschluß nach Art. 113 BV für das Bundesgericht verbindlich sei. Sofern die Bundesversammlung das Erneuerungsverbot durch den Erlaß eines sofort in Kraft gesetzten allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses von mehr als einjähriger Dauer verletzt, kann gegen den neuen Beschluß selbstverständlich das Referendum ergriffen werden. Aber selbst diese Demonstration, die ja der Gültigkeitsdauer des verfassungswidrig erneuerten Beschlusses während eines vollen Jahres nichts anhaben kann, fällt dahin, wenn die Bundesversammlung den Erneuerungsbeschluß seinerseits auf ein Jahr befristet. Auch diese Frage könnte — durch Revision von Art. 113 BV — der Kognition des Bundesgerichts unterstellt werden.

⁹⁹ Vgl. z. B. den BB vom 21. Dezember 1949 (Finanzordnung 1950 und 1951; AS 1949, 1801.

¹⁰⁰ Vgl. das Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements vom 22. Oktober 1949, Ziff. I, lit. b.

¹⁰¹ *Giacometti*, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, 91.

¹⁰² Vgl. das Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements vom 10. November 1949, Ziff. II; Sten. Bull. NR 1949, 897ff.; Harald *Huber*, a. a. O., 83, Spalte 1; *Giacometti*, a. a. O., 91; Rechtsgutachten der Bundesrichter *Python*, *Düby* und *Panchaud* über Art. 89^{bis} der Bundesverfassung, II. Teil, Ziff. 3.

bleiben dürfen, ist an sich noch nichts darüber ausgesagt, *wann diese Jahresfrist zu laufen beginnt*. Art. 89^{bis} geht offensichtlich davon aus, das Datum der Annahme sofort in Kraft gesetzter Bundesbeschlüsse falle stets mit deren Inkraftsetzung zusammen. Diese Annahme trifft indessen nicht zu¹⁰³.

Wird ein Bundesbeschluß nicht zugleich mit seiner Annahme durch die Bundesversammlung, sondern erst auf einen spätern Termin¹⁰⁴ in Kraft gesetzt, so erfährt die Gültigkeitsdauer der selbständigen Notverordnung der Bundesversammlung eine Verkürzung, die sich mit der Ratio von Art. 89^{bis} nicht ohne weiteres vereinbaren läßt. Unter diesem Gesichtspunkt ließe sich wohl die Auffassung vertreten, die in Abs. 2 und 3 von Art. 89^{bis} festgesetzte Jahresfrist beginne nicht im Moment der Annahme durch die Bundesversammlung, sondern in demjenigen der Inkraftsetzung zu laufen¹⁰⁵. Für diese Auslegung spricht in erster Linie der Umstand, daß im Falle von Notverordnungen, die auf einen bestimmten Termin (z. B. auf den 1. Januar eines Jahres) in Kraft treten müssen, die Bundesversammlung sich eventuell genötigt sähe, am Vortag zusammenzutreten, um den Beschluß termingerecht annehmen zu können¹⁰⁶. Derartige Manöver sollten aber nach Möglichkeit vermieden werden¹⁰⁷.

Trotz diesen Bedenken scheint die Praxis eher der strengeren Interpretation zuzuneigen. So äußert sich bereits das Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements vom 10. November 1949¹⁰⁸ dahin, daß nach dem Wortlaut von Abs. 2 die Jahresfrist mit dem Termin der Schlußabstimmung der Räte beginne und am gleichen Jahrestag des folgenden Jahres endige. Der Wortlaut von Abs. 2 sage eindeutig «ein Jahr nach der Annahme» durch die Bundesversammlung. Hätte Abs. 2 eine einjährige Geltungsdauer gemeint, so wäre es nahegelegen, zu sagen «ein Jahr nach ihrem Inkrafttreten», dies um so mehr, als die vorausgehenden Worte von den sofort «in Kraft gesetzten» Bundesbeschlüssen sprechen. Daß der

¹⁰³ Vgl. § 21, I, hievor; ferner *Giacometti*, a. a. O., 89; sowie das in der vorhergehenden Anm. zitierte Rechtsgutachten, II. Teil, Ziff. 1.

¹⁰⁴ Dieser Termin muß jedoch stets innerhalb der Frist liegen, innert welcher das fakultative oder obligatorische Referendum durchgeführt werden könnte; vgl. § 21, Ziff. I, hievor.

¹⁰⁵ *Giacometti*, a. a. O., 90f.

¹⁰⁶ Die Bundesversammlung hätte z. B. eine besondere Tagfahrt auf den 31. Dezember 1949 ansetzen müssen, wenn sie die Gültigkeit der Finanzordnung 1950 und 1951 auf jeden Fall bis zum 31. Dezember 1950 hätte garantieren wollen.

¹⁰⁷ Vgl. Harald *Huber*, a. a. O., 83, Spalte 1.

¹⁰⁸ Ziff. II, 1.

Ausdruck «ein Jahr nach ihrer Annahme» gewählt wurde, zeige, daß hier etwas anderes als das Inkrafttreten gemeint sei, nämlich der Tag der Schlußabstimmung der Räte. Aus diesem Grunde sei eine Auslegung von Abs. 2, die allgemein in den Fällen, wo der Zeitpunkt der Schlußabstimmung mit dem Tag des Inkrafttretens nicht zusammenfällt, die Jahresfrist mit dem Tage des Inkrafttretens beginnen ließe, nicht zulässig. Es könne sich höchstens fragen, ob ausnahmsweise da, wo ein Abstellen auf den Tag der Schlußabstimmung eine Lösung ergebe, die als praktisch unmöglich oder unvernünftig bezeichnet werden müsse, die Jahresfrist vom Tage des Inkrafttretens an laufen könne¹⁰⁹.

Noch kategorischer führt das Rechtsgutachten der Bundesrichter *Python*, *Düby* und *Panchaud* über Art. 89^{bis} der Bundesverfassung¹¹⁰ aus, es sei mit dem klaren Wortlaut des Verfassungsartikels unvereinbar, die Jahresfrist erst mit dem 1. Januar des auf die Annahme des Beschlusses folgenden Kalenderjahres oder aber vom Tage des Inkrafttretens des Beschlusses an laufen zu lassen. Als Beginn der Jahresfrist komme vielmehr einzig der auf die Annahme des dringlichen Beschlusses der Bundesversammlung folgende Tag in Frage. Ein im Einklang mit Art. 89^{bis}, Abs. 3, gefaßter Beschluß fiskalischer Natur, der nicht von Volk und Ständen genehmigt wird, verliere seine Wirksamkeit ein Jahr nach seiner Annahme, und dieses Außerkrafttreten werde in der Regel nicht genau auf das Ende eines Kalenderjahres fallen. Dieser Einwand genüge jedoch nicht, um eine Zuwiderhandlung gegen die bestimmte Regelung des Verfassungsartikels zu rechtfertigen.

Schließlich mußten sich auch die Bundesbehörden mit diesem Problem auseinandersetzen, als sie die Finanzordnung 1950 und 1951¹¹¹ nicht der Abstimmung von Volk und Ständen unterstellten,

¹⁰⁹ Dieser strengen Auffassung des Justiz- und Polizeidepartementes mit Bezug auf die Auslegung von Abs. 2 steht freilich eine um so largere mit Bezug auf die Auslegung von Abs. 3 des Art. 89^{bis} gegenüber. Demnach soll sich bei nicht auf die Verfassung gestützten Bundesbeschlüssen, bei denen die Geltungsdauer notwendigerweise mit einem Kalenderjahr zusammenfallen muß, die Auffassung vertreten lassen, daß die Jahresfrist mit dem 1. Januar des auf die Schlußabstimmung folgenden Kalenderjahres beginne, wobei Voraussetzung sei, daß der Bundesbeschluß auf den gleichen 1. Januar in Kraft gesetzt werde. Eine derartige Differenzierung hinsichtlich des Beginns der Gültigkeitsdauer verfassungsmäßiger und nicht auf die Verfassung gestützter Notverordnungen ist jedoch m. E. nicht zutreffend; vgl. Ziff. II hievor sowie *Giacometti*, a. a. O. 91, Anm. 36.

¹¹⁰ II. Teil, Ziff. 3.

¹¹¹ AS 1949, 1801.

sondern sie durch den Bundesbeschluß über die Finanzordnung 1951 bis 1954¹¹² vorzeitig ersetzten. Die Botschaft zur Finanzordnung 1951 bis 1954¹¹³ nimmt zu diesem Problem keine klare Stellung. Einerseits führt sie aus¹¹⁴, die Finanzordnung 1950 und 1951 sei, da sie der Volksabstimmung bisher nicht unterbreitet worden sei, «nur für das Jahr 1950 gesichert», und ferner, «bei einem verwerfenden Ergebnis der Volksbefragung würden *Ende 1950* Einnahmequellen des Bundes mit einer Ergiebigkeit von jährlich 665 Millionen Franken versiegen»; anderseits war bereits in Ziff. II, Abs. 1, des bundesrätlichen Beschlußentwurfes, die von den eidgenössischen Räten unverändert übernommen wurde, die vorsichtige Formulierung «Dieser Beschluß gilt vom Außerkrafttreten der Finanzordnung 1950/1951 an bis zum 31. Dezember 1954» enthalten. Ein deutlicher Hinweis darauf, daß die Finanzordnung 1950 und 1951 nach der Meinung der Bundesbehörden bereits vor dem 31. Dezember 1951 dahingefallen ist, findet sich jedoch in Ziff. I, Art. 1, Abs. 1, der Finanzordnung 1951 bis 1954, der bestimmt, daß die Geltungsdauer der «am 20. Dezember 1950¹¹⁵ noch in Kraft stehenden Bestimmungen» der Finanzordnung 1939 bis 1941 usw. bis zum 31. Dezember 1954 verlängert werde¹¹⁶.

§ 29. Die extrakonstitutionelle Notverordnung der Bundesversammlung

I. Wenn im Titel dieses Paragraphen von der «extrakonstitutionellen» Notverordnung der Bundesversammlung gesprochen wird, so ist damit eine Notverordnung gemeint, die *nicht im Rahmen von Art. 89bis BV* erlassen wird. Es handelt sich hier m. a. W. um das sogenannte «Notrecht», das der Bundesversammlung *neben oder über der Verfassung* zustehen soll¹¹⁷.

¹¹² AS 1950, 1463.

¹¹³ Bbl. 1950 II 425.

¹¹⁴ Bbl. 1950 II 426.

¹¹⁵ Nach dem in Anm. 41 hievor zitierten Rechtsgutachten über Artikel 89bis der Bundesverfassung (2. Teil, Ziff. 3) beginnt die Jahresfrist mit dem auf die Annahme des dringlichen (besser: sofort in Kraft gesetzten) Bundesbeschlusses folgenden Tag. Für die am 21. Dezember angenommene Finanzordnung 1950 und 1951 lief die Jahresfrist somit vom 22. Dezember 1949 bis zum 21. Dezember 1950. Demgemäß sollte es in Ziff. I, Art. 1, Abs. 1, der Finanzordnung 1951 bis 1954 heißen: «Die Geltungsdauer der am 21. Dezember 1950 noch in Kraft stehenden Bestimmungen . . .».

¹¹⁶ Die vorstehende Fassung ist erst von der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagen und von den Räten angenommen worden, ohne daß dieser Punkt speziell diskutiert worden wäre; vgl. Sten. Bull. 1950, NR, 411, StR, 245.

¹¹⁷ Vgl. § 4 hievor.

Es bildet nun wohl eine der interessantesten Erscheinungen im Zusammenhang mit der Entstehung des Artikels 89^{bis} BV, daß sich die Vertreter des Initiativkomitees für die Rückkehr zur direkten Demokratie in den eidgenössischen Räten¹¹⁸ übereinstimmend dahin ausgesprochen haben, Art. 89^{bis} befasse sich überhaupt nicht mit dem von der Bundesversammlung bisher ohne verfassungsmäßige Grundlage gehandhabten Notrecht¹¹⁹. So führte Nationalrat *Chaudet* u. a. aus¹²⁰:

«La manière dont le Conseil fédéral divise les deux parties de l'initiative, en admettant que les alinéas 1 et 2 traitent des arrêtés fédéraux urgents et l'alinéa 3 du droit de nécessité, ne correspond pas à l'articulation véritable de notre texte.

En réalité, l'initiative comporte une disposition générale instituant la clause d'urgence, suivie de deux dispositions sauvegardant le droit du contrôle du citoyen et applicable alternativement selon que l'arrêté urgent est conforme à la constitution (referendum facultatif et majorité simple) ou qu'il y déroge (referendum obligatoire avec majorité double). Les trois alinéas forment donc un tout logique qui englobe toutes les éventualités.»

Unter Berufung auf *Burckhardt*, der die Möglichkeit, Rechtsgrundsätze über den Verfassungsbruch in Notzeiten aufzustellen verneine¹²¹, bemerkte er sodann:

«C'est pourquoi nous n'avons pas voulu une réglementation du droit de nécessité. Nous nous sommes placés sur le terrain de l'urgence en distinguant les cas où cette urgence affecte un texte qui, en temps ordinaire, serait soumis au referendum facultatif ou impliquerait obligatoirement un vote du peuple et du canton.

Le texte actuel de l'article 89 est nettement insuffisant. Il est toujours possible de remplacer un arrêté urgent par un texte ordinaire pour peu qu'on s'y prépare à temps. Tous les arguments contraires reposent sur une confusion entre l'urgence (notion de temps) et la nécessité. Or, il est essentiel de distinguer ces deux notions. La première exige une procédure spéciale, rapide, mais tout de même légale: l'urgence peut et doit être réglementée. La seconde permet d'agir en dehors du droit, parce que des circonstances plus fortes que le droit l'imposent: l'état de nécessité ne peut et ne doit pas

¹¹⁸ Nationalrat *Chaudet* und Ständerat *Muheim*.

¹¹⁹ Sie machten sich damit die gleiche These zu eigen, die der Bundesrat bei der Behandlung des Volksbegehrens vom 1. Februar 1938 für Einschränkung der Dringlichkeitsklausel vertreten hatte; vgl. § 14, II, 4, hievor.

¹²⁰ Sten. Bull. NR 1948, 322.

¹²¹ Vgl. § 4, II, hievor.

être réglementé. Si une mesure doit être maintenue en vigueur longtemps, pour des raisons si impérieuses que le fonctionnement de la démocratie directe doive être suspendu, c'est l'état de nécessité qu'il faut proclamer ouvertement et non une urgence qui n'est plus qu'un prétexte pour éviter la discussion publique. Or, les cas de réelle nécessité sont beaucoup plus rares qu'on ne pense; il n'y en a guère en dehors des circonstances créées par la guerre engagée ou directement menaçante, circonstances qui entraînent du même coup la mise en marche de l'organisation fédérale de guerre (mobilisation, commandant en chef, etc.).»

Im gleichen Sinne äußerte sich Ständerat *Muheim*¹²², nachdem Ständerat *Schoch* darauf hingewiesen hatte, daß unter Art. 89^{bis}, Abs. 3, die eigentlichen Notrechtserlasse der Bundesversammlung, d. h. die Ermächtigungsbeschlüsse an den Bundesrat fielen. Im einzelnen erklärte Ständerat *Muheim*, es dürfe und könne nicht der Sinn des Volksbegehrens sein, das aus einem eigentlichen Staatsnotstand namentlich zufolge einer Mobilisation erwachsende Notrecht verfassungsmäßig verankern zu wollen. Das Volksbegehren verlange lediglich eine verfassungsmäßige Neuordnung der Dringlichkeitsbeschlüsse, zu denen bekanntlich weder der Vollmachtenbeschluß vom 30. August 1939 noch der Abbaubeschluß vom 5. Dezember 1945 gehörten.

Diese Äußerungen von Mitgliedern des Initiativkomitees in den eidgenössischen Räten lassen sich freilich kaum in Einklang bringen mit dem Inhalt des 2. Volksbegehrens für die Rückkehr zur direkten Demokratie¹²³, das bekanntlich nicht nur die Außerkraftsetzung aller vor Annahme des Artikels 89^{bis} dringlich erklärten Bundesbeschlüsse, sondern auch diejenige des Vollmachtenbeschlusses vom 30. August 1939 samt den gestützt darauf erlassenen oder sie abändernden gesetzlichen Bestimmungen auf den 20. August 1947 verlangte. Sie stehen aber auch im Widerspruch mit dem klaren Wortlaut von Art. 89^{bis}, Abs. 3, für dessen Auslegung sie freilich auch in keiner Weise maßgebend sein können¹²⁴.

II. Mit der Feststellung, daß Art. 89^{bis} der Bundesversammlung die *Kompetenz zum Erlaß von Notverordnungen intra und contra constitutionem* verleihe¹²⁵, ist die Frage, ob die Bundesversammlung u. U. auch Notverordnungen in Mißachtung der Vorschriften von Art. 89^{bis} erlassen könne, noch nicht beantwortet. In erster Linie

¹²² Sten. Bull. StR 1949, 45.

¹²³ S. § 16, II, hievor.

¹²⁴ Vgl. *Giacometti*, a. a. O., 88, Anm. 17.

¹²⁵ *Giacometti*, a. a. O., 87 f.

wird man sich darüber klar werden müssen, ob Art. 89^{bis} überhaupt noch Raum für die extrakonstitutionelle Notrechtssetzung der Bundesversammlung läßt. Es geht m. a. W. darum, abzuklären, ob in Art. 89^{bis} sämtliche Rationes der notrechtlichen Kompetenzverschiebung¹²⁶ positiviert sind. Diese Frage muß verneint werden. Art. 89^{bis} ist, wie alle seine Vorgänger in der Bundesverfassung, lediglich auf den Hauptfall der relativen Funktionsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers bzw. Verfassungsgesetzgebers, d. h. auf die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung zugeschnitten. Dies ergibt sich aus Art. 89^{bis}, Abs. 1, der bestimmt, daß allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse, *deren Inkrafttreten keinen Aufschub erträgt*, sofort in Kraft gesetzt werden können. Daneben sind aber auch Fälle relativer oder absoluter Funktionsunfähigkeit des Verfassungsgesetzgebers denkbar¹²⁷, welche, da Art. 89^{bis} grundsätzlich sämtliche Teilorgane des einfachen bzw. Verfassungsgesetzgebers im Verfahren der Notrechtssetzung tätig werden läßt, die Einhaltung der in Art. 89^{bis} enthaltenen Vorschriften verunmöglichen können¹²⁸. So steht es vor allem keineswegs fest, ob das fakultative oder obligatorische Referendum nach Art. 89^{bis}, Abs. 2 und 3, in allen Fällen innert Jahresfrist durchgeführt werden kann¹²⁹. Denkbar ist auch, daß es infolge außerordentlicher Ereignisse, z. B. innerer Unruhen oder kriegerischer Verwicklungen, nur einem Teil der Mitglieder der Bundesversammlung gelingt, sich zu vereinigen. Selbst wenn das Parlament verhandlungsfähig wäre¹³⁰, müßte doch damit gerechnet werden, daß das in Art. 89^{bis}, Abs. 1, geforderte qualifizierte Mehr nicht erreicht werden kann.

In derartigen Fällen absoluter Funktionsunfähigkeit des durch Art. 89^{bis} eingesetzten Notgesetzgebers erscheint eine Verschiebung

¹²⁶ Vgl. § 5 hievor. Richtigerweise sollte hier von «Kompetenzzuweisung» gesprochen werden, da dem ordentlichen Verfassungsgesetzgeber nach der Bundesverfassung keine Befugnis zur Erzeugung materiellen Notrechts zukommt; vgl. § 10, I, hievor.

¹²⁷ S. § 5, II, 1 und 2, hievor.

¹²⁸ In solchen Fällen spielt die zeitliche Dringlichkeit der Rechtssetzung keine oder nur eine sehr indirekte Rolle. Vgl. die abweichende Meinung von *Giacometti*, Rechtsstaat und Notrecht, 213f., und Anm. 105 zu § 5 hievor.

¹²⁹ Vgl. *Marti*, a. a. O., 192. Auch wenn das Referendum voraussichtlich nicht durchgeführt werden kann, bleibt es doch bei einer partiellen Anwendung von Art. 89^{bis} BV, der mindestens eine auf ein Jahr befristete Rechtssetzung ohne Rücksicht auf das Referendum ermöglicht.

¹³⁰ Hiezu ist gemäß Art. 87 BV die Anwesenheit der absoluten Mehrheit der Mitglieder jedes der beiden Räte erforderlich.

der dem Notgesetzgeber zustehenden Notrechtssetzungskompetenzen auf ein noch intaktes staatliches Organ auch ohne positivrechtliche Grundlage als juristisch zulässig¹³¹. Auf die positive Regelung der Notrechtssetzung in Art. 89^{bis} bezogen, heißt das, daß sofort in Kraft gesetzte Bundesbeschlüsse auch mehr als ein Jahr nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung in Kraft bleiben können, sofern es objektiv unmöglich ist, die in Art. 89^{bis}, Abs. 2 und 3, vorgesehene Volksabstimmung durchzuführen. Ferner wird das in Art. 89^{bis}, Abs. 1, vorgeschriebene qualifizierte Mehr durch das einfache Mehr ersetzt werden können, wenn die Mitglieder der Bundesversammlung durch äußere Umstände verhindert werden, sich vollständig am Tagungsort zu versammeln. Ist das Parlament überhaupt nicht beschlußfähig, so wird es in erster Linie Sache des Bundesrates sein, die notwendigen Anordnungen zu treffen¹³².

III. Wiewohl die vorerwähnten Fälle absoluter Funktionsunfähigkeit des ordentlichen bzw. des Notgesetzgebers durchaus im Bereiche der Möglichkeit liegen, darf man sich doch über ihre *praktische Bedeutung* keine übertriebenen Vorstellungen machen¹³³. Daß die Volksabstimmung ein sehr empfindliches Instrument ist, hat sich zwar in jüngster Zeit gezeigt¹³⁴; was hingegen das Parlament betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß die Bundesverfassung in Art. 102, Ziff. 11, dem Bundesrat die gesamte militärische Macht in die Hand legt. Der Bundesrat hat es somit in der Hand, das Parlament gegebenenfalls unter dem Schutze der Armee einzuberufen. Damit dürfte das Risiko, daß die Mitglieder der Bundesversammlung sich nicht vereinigen können, abgesehen von Fällen effektiver kriegsgerichtlicher Verwicklungen, auf ein Minimum beschränkt sein¹³⁵.

IV. Abschließend kann gesagt werden, daß Fälle denkbar sind, in denen die Bundesversammlung *Notverordnungen unter Mißachtung von Art. 89^{bis} BV* erlassen kann¹³⁶. Dabei handelt es sich aber um eindeutig bestimmbare Tatbestände, die dem Ermessen der

¹³¹ Vgl. § 6, II, hievor. (Vorübergehende Änderung der Verfassung im absolut materiellen Sinne.)

¹³² Ist nur eine Kammer beschlußfähig, die andere aber nicht, so kann gegebenenfalls die beschlußfähige Kammer die Rolle des Notgesetzgebers übernehmen.

¹³³ Vgl. § 5, Anm. 98, hievor.

¹³⁴ Vgl. die vorhergehende Anmerkung.

¹³⁵ Denkbar sind immerhin Fälle von Seuchen, gegen die auch die nach Art. 102, Ziff. 11, BV dem Bundesrat zustehenden Machtmittel nichts helfen würden.

¹³⁶ Vgl. *Locher a. a. O.*, Ziff. II, 2, b, letzter Absatz.

Bundesversammlung keinen Raum lassen. Abzulehnen ist dagegen die Auffassung, Art. 89^{bis} könne bei Vollmachtenerteilungen aus Anlaß von Kriegsmobilmachungen entsprechend denjenigen von 1914 und 1939 ausgeschaltet werden. Hiezu besteht keinerlei Anlaß, solange das Parlament ordnungsgemäß tagen und die Abstimmung von Volk und Ständen durchgeführt werden kann. Die im Ständerat geäußerte Befürchtung, was geschehen wäre, wenn der Vollmachtenbeschluß vom 30. August 1939 von Volk und Ständen aus irgendeinem Grunde nicht angenommen worden wäre¹³⁷, ist m. E. unbegründet. Es kann wohl kein Zweifel daran bestehen, daß der Vollmachtenbeschluß während des ganzen ersten Jahres seiner Gültigkeit von Volk und Ständen mit großer Mehrheit gutgeheißen worden wäre. Darin hätte aber eine Demonstration von nicht zu unterschätzender Wirkung gelegen¹³⁸. Gerade in derartigen Fällen besonders schwerer Notlagen erweist sich somit die unmittelbare Demokratie der Notrechtssetzung als wertvolles Mittel, das allgemeine Verantwortungsbewußtsein zu steigern und die Behörden in ihrem Kampf gegen drohende Not und Gefahr zu unterstützen.

Schlußbetrachtungen

I. Wie die vorstehenden Untersuchungen zeigen, hat die Notrechtssetzung im schweizerischen Bundesstaatsrecht durch die Annahme von Artikel 89^{bis} der Bundesverfassung einen *entscheidenden Ausbau* erfahren.

1. Die wichtigste Neuerung ist wohl in der Schaffung einer *verfassungsmäßigen Kompetenz der Bundesversammlung zum Erlaß von Notverordnungen auf der Verfassungsstufe* zu erblicken¹. Diese Tragweite von Artikel 89^{bis} ist heute freilich noch umstritten. Man operiert vielfach mit dem Argument, Artikel 89^{bis} enthalte keine Notrechtsklausel, sondern rechne lediglich damit, daß die Bundesversammlung unter Umständen allgemeinverbindliche Beschlüsse erlassen könne, die der Bundesverfassung zuwiderlaufen^{2 3}. Gegen

¹³⁷ Sten. Bull. StR 1949, 42.

¹³⁸ Vgl. die vorletzte Anmerkung.

¹ Vgl. *Giacometti*, Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung des neuen Art. 89^{bis} der Bundesverfassung, NZZ Nr. 2116 vom 17. Oktober 1949; *ders.*, Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 46, 84ff.

² Vgl. *Hans Huber*, Die Verfassungslage nach dem 11. September, NZZ Nr. 2106, vom 16. Oktober 1949, Ziff. IV a. E.; *Marti*, Dringlichkeit und Notrecht, ZSR n. F. 69, 183ff.

³ Auch die Bundesbehörden teilen diese Auffassung und haben ihr da-

diese Betrachtungsweise ist indessen mit *Giacometti*⁴ einzuwenden, es erscheine unvorstellbar, daß die Bundesverfassung als oberste Zuständigkeitsordnung der Eidgenossenschaft solche materiell verfassungswidrige Noterlasse der Bundesversammlung als referendumspflichtig erkläre, daß sie aber nicht zugleich dem Bundesparlament die Kompetenz zu deren Erlaß verliehen habe. Dies würde zur widerspruchsvollen Situation führen, daß die Bundesverfassung mit Bezug auf verfassungswidrige Noterlasse zwar Referendumsrechte von Volk und Ständen, d. h. die Kompetenz dieser Organe zur nachträglichen Annahme oder Ablehnung solcher Noterlasse, nicht aber die Zuständigkeit der Bundesversammlung zum Erlaß derselben begründet hätte.

2. Eine weitere Neuerung von bedeutender Tragweite stellt sodann die Einführung der *unmittelbaren Demokratie der Notrechtssetzung* sowohl auf der Gesetzes- wie auf der Verfassungsstufe durch Art. 89^{bis} dar. Dadurch wird das, abgesehen von dem Erfordernis zeitlicher Dringlichkeit, freie Ermessen der Bundesversammlung mit Bezug auf die Handhabung ihres Notverordnungsrechtes der Kontrolle des Volkes unterstellt. In dieser Kontrollmöglichkeit erschöpft sich aber im wesentlichen die juristische Bedeutung des fakultativen oder obligatorischen Referendums. Abzulehnen ist insbesondere die Auffassung, die nachträgliche Genehmigung eines verfassungswidrigen Noterlasses der Bundesversammlung durch Volk und Stände bedeute eine nachträgliche Legalisierung desselben im Sinne einer nachträglichen Verfassungsrevision⁵. Denn erstens sind die «nicht auf die Verfassung gestützten Beschlüsse» der Bundesversammlung nicht illegal, da sie ihre Rechtsgrundlage in Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 3 haben; sodann ändert die nachträgliche Abstimmung von Volk und Ständen nicht das geringste am materiell notrechtlichen Charakter der von der Bundesversammlung sofort in Kraft gesetzten Beschlüsse, die sich nicht auf die Verfassung

durch Ausdruck gegeben, daß sie Art. 89^{bis}, Abs. 3, nicht in den Ingreß der Finanzordnung 1950 und 1951 (AS 1949, 1801) aufgenommen, sondern ihn lediglich in Ziff. 2 von Artikel II, die die Dringlicherklärung und die nachträgliche Abstimmung von Volk und Ständen statuiert, erwähnt hat (Sten. Bull. StR, 1949, 457, Votum Schoch). Demgegenüber hält es *Marti*, a. a. O., Anm. 46, der die gleiche Auffassung vertritt, für zulässig, daß Art. 89^{bis}, Abs. 3, im Ingreß eines sofort in Kraft gesetzten, nicht auf die Verfassung gestützten allgemeinverbindlichen BB erwähnt wird.

⁴ Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung, SJZ 46, 87.

⁵ *Giacometti*, Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung des neuen Artikels 89^{bis} der Bundesverfassung, NZZ Nr. 2116, vom 17. Oktober 1949, Ziff. II, 3. Absatz.

stützen. Solche Beschlüsse werden denn auch die Verfassung niemals revidieren⁶, sondern in kleinerem oder größerem Umfange suspendieren⁷.

II. Artikel 89, Abs. 1 und 2, BV verleiht dem ordentlichen Gesetzgeber die Kompetenz zur Erzeugung von *Notrecht in materiellem Sinne*, d. h. zum Erlaß transitorischer Normen, *auf der Gesetzesstufe*⁸. Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 2, der dieses Recht dem Notgesetzgeber, d. h. der Bundesversammlung in Verbindung mit dem nachträglichen fakultativen Referendum, verleiht, stellt somit seinem Wesen nach eine *Verschiebung bestehender Notrechtssetzungskompetenzen* im materiellen Sinne dar. Dagegen bedeutet die in Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 3 geregelte *Notrechtssetzung auf der Verfassungsstufe* eine *Kompetenzzuweisung* an den Notgesetzgeber (Bundesversammlung, Volk und Stände), da der ordentliche Verfassungsgesetzgeber nach der geltenden Bundesverfassung nicht befugt ist, Notrecht im materiellen Sinne auf der Verfassungsstufe zu setzen⁹. Transitorische Verfassungsbestimmungen können somit legal nur im Verfahren nach Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 3, erlassen werden. Praktisch heißt das, daß im Verfahren der ordentlichen Verfassungsgesetzgebung stets versucht werden sollte, zu *dauernden* Lösungen zu gelangen. Nur wenn dies nicht gelingt, darf eine Übergangsordnung in Form des sofort in Kraft gesetzten Bundesbeschlusses, der sich nicht auf die Verfassung stützt, getroffen werden, sofern eine Sofortlösung überhaupt notwendig ist. Das bisherige Primat der materiellen Notrechtssetzung im Wege der ordentlichen Verfassungsgesetzgebung mit Bezug auf die Legitimität derselben ist durch Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 3, beseitigt worden^{10 11}.

⁶ Eine Revision der Verfassung durch sofort in Kraft gesetzte Bundesbeschlüsse wird bereits durch die Vorschrift in Art. 89^{bis}, Abs. 1, ausgeschlossen, wonach sofort in Kraft gesetzte Bundesbeschlüsse zu befristen sind.

⁷ *Giacometti*, a. a. O.; vgl. auch § 8 hievor.

⁸ In der Form des *zeitlich befristeten, allgemeinverbindlichen* und dem *fakultativen Referendum unterstellten* Bundesbeschlusses; vgl. § 10, II, hievor.

⁹ Vgl. § 10, I, hievor.

¹⁰ Dieser Umstand wird zwar auch in Zukunft den ordentlichen Verfassungsgesetzgeber kaum hindern, transitorische Normen der Verfassungsstufe zu setzen. Solange es sich dabei um die Behebung eines materiellen Notstandes handelt, kann dagegen mindestens unter politischen Gesichtspunkten nicht viel eingewendet werden. Bedenklich wäre ein solches Vorgehen nur, wenn die «Verfassungsgesetzgebung auf Zeit» allmählich zur Regel würde. Gerade dies könnte vermieden werden, wenn man sich strikte an den Wortlaut der Verfassung halten und transitorische Verfassungsbestimmungen nur noch im Verfahren nach Art. 89^{bis}, Abs. 1 und 3, erlassen würde.

¹¹ Der radikale Abbau des Vollmachtenrechtes auf den 31. Dezember

III. Die in Art. 89^{bis} BV getroffene Ordnung weist zweifellos gewisse *Mängel* auf. Diese könnten aber im Wege der Ausführungsgesetzgebung weitgehend behoben werden. Eine sofortige Revision dieser Bestimmung¹² drängt sich, wie das von den drei Bundesrichtern *Python*, *Düby* und *Panchaud* verfaßte Rechtsgutachten über Artikel 89^{bis} der Bundesverfassung bemerkt, nicht auf.

1952 (BB über die Aufhebung der außerordentlichen Vollmachten des Bundesrates vom 18. Dezember 1950; AS 1950, 1493; vgl. § 16, III, hievor) hat die Bundesbehörden gezwungen, zwei neue transitorische Verfassungszusätze vorzuschlagen, die am 23. November 1952 Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt wurden: den BB über die befristete Weiterführung einer beschränkten Preiskontrolle, vom 26. September 1952 (Bbl. 1952 II 61 und III 126), sowie den BB über die Brotgetreideversorgung des Landes vom 26. September 1952 (Bbl. 1951 II 580 und 1952 III 128). Die Frage, ob diese beiden Bundesbeschlüsse als transitorische Verfassungszusätze oder gestützt auf Art. 89^{bis}, Absatz 3 BV erlassen werden sollten, wurde sowohl in der Presse wie in den eidgenössischen Räten eingehend diskutiert (vgl. Sten. Bull. 1952 NR 371 ff. und 376, StR 227, 250 ff.; E. Geyer, Befristeter Verfassungszusatz oder dringlicher Bundesbeschluß? Zur Frage der Verlängerung der Preiskontrolle, NZZ Nr. 876, vom 22. April 1952; Harald Huber, Notrecht ohne Zeitnot?, Berner Tagwacht Nr. 113, vom 15. Mai 1952). Die getroffene Lösung muß in diesem Sonderfall, wo es um die Verlängerung bereits bestehenden Notrechts geht, trotz ihrer Verfassungswidrigkeit wohl als richtig bezeichnet werden; denn für eine Anwendung von Art. 89^{bis}, Absatz 3, BV war mangels zeitlicher Dringlichkeit der Rechtsetzung offensichtlich kein Raum (vgl. dazu meinen Aufsatz, Zur Weiterführung der Preiskontrolle; Verfassungsrechtliche Betrachtungen, NZZ Nr. 1998, vom 16. September 1952).

¹² Wie sie in der Motion von Nationalrat Harald Huber verlangt wird (vgl. § 17, III, hievor).

Lebenslauf

Geboren am 17. März 1919 in Basel. Besuch der Primarschule und der Literarabteilung des Freien Gymnasiums in Zürich. Maturitätsprüfung 1938. Hernach Studium der Rechte an der Universität Zürich. Abschluß des Studiums mit der zweiten mündlichen Doktorprüfung am 21. Oktober 1944.

